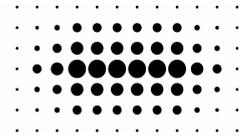


zu BT-Drs. 16/11175, 16/11192, 16/8784

ADB
Antidiskriminierungsbüro



Doris Liebscher, Ass.jur., LL.M.Eur.
Antidiskriminierungsbüro Sachsen
Kochstraße 14
D-04277 Leipzig

tel 0341/3039492
fax 0341/3039971
info@adb-sachsen.de
www.adb-sachsen.de

Leipzig, 21. Januar 2009

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung
zum Thema
„Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern“
28.01.2009, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Inhalt

Das Lohngefälle „stellt ein wesentliches Hindernis dafür dar, dass Frauen die gleiche wirtschaftliche Unabhängigkeit erreichen wie Männer. [...] Die Gleichheit des Arbeitsentgelts lässt sich nur durch ein Engagement auf sämtlichen Ebenen verwirklichen, das alle beteiligten Akteure einbezieht und auf die Beseitigung jeglicher Ursachen des Lohngefälles abzielt“ 4

1	Umfang und Ursachen von Entgeltungleichheit allgemein	4
1.1.	Strukturelle Faktoren des Gender Pay Gap	5
1.2.	Unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung	6
1.3.	Die Rolle tarifvertraglicher Regelungen	7
1.3.1.	in der Bewertung und Eingruppierung von beruflichen Tätigkeiten:	8
1.3.2.	in der Bewertung von Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Berufserfahrung:	8
1.3.3.	bei leistungsorientierten Entgelten:	10
1.3.4.	bei der Vereinbarung von Vergünstigungen und Zulagen:	11
1.3.5.	Verfahren zur Arbeitsbewertung	13
1.4.	Entgeltdiskriminierung aufgrund anderer Merkmale	14
2	Bestehende Rechte und Maßnahmen und deren Wirkung	15
2.1	Rechtslage	15
2.2	Gründe für mangelnde Rechtsumsetzung	16
	Folgende Faktoren sind für die Nichtdurchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit verantwortlich:	16
3	Defizite und gesetzgeberische Möglichkeiten	17
3.1.	Umsetzungsdefizite im materiellen deutschen Recht	17
3.1.1.	Definition Entgelt und Diskriminierungsverbot	18
3.1.2.	Zu weite Ausnahmeregelungen bei der betrieblichen Altersvorsorge	19
3.1.3.	Keine angemessenen Sanktionen	19
	Damit sich der Rechtsweg lohnt, bedarf es „angemessener“, „wirksamer“ und „abschreckender“ Sanktionen, wie in allen EU-Richtlinien vorge-schrieben (Art.25 RL 2006/54/EG, Art. 6 Abs. 2 RL 76/2007/EWG; Art. 17 RL 2002/78/EG, Art. 15 RL 2000/43/EG).	20
3.2.	Mangelnde Gerichtspraxis	20
3.2.1.	Individuelle Rechtsdurchsetzung ohne Verbandsklagerecht	21
3.3.4.	Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien zur Überprüfung von	

Tarifverträgen.....	21
3.2.2. Probleme der Rechtsmobilisierung.....	22
3.2.2.1. Hohe persönliche Belastung	22
3.2.2.2. Finanzielle Hürden.....	22
3.2.2.3. Beweisschwierigkeiten.....	22
3.2.2.4. Fristen.....	23
3.2.2.5. Außergerichtliche Beschwerdeverfahren.....	23
3.2.2.7. Institutionelle Unterstützung zur Verbesserung des klagezentrierten Weges.....	26
3.3. Tarifverträge	27
3.3.1. Rechtsfolgen diskriminierender Bestimmungen in Tarifverträgen.....	28
3.3.2. Bindungswirkung von Urteilen der nationalen Gerichte	29
3.3.4. Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien zur Überprüfung von Tarifverträgen.....	30
3.3.5. Zwischenfazit: Rechtsunsicherheit	30
3.3.6. Tarifpolitik: Rolle der Tarifvertragsparteien.....	30
3.4. Fazit: Ohne Eingreifen staatlicher Akteure keine Verbesserungen	32
4 Zu den Möglichkeiten gesetzgeberischen Handelns	33
4.1. Anpassung des AGG an europarechtliche Mindestvorgaben.....	33
1.) Klarheit und Konkretisierung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit	33
2.) Keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Lebensalters.....	33
3.) Sanktionen.....	33
4.) Verbände	33
4.2. Weitere Gesetzesänderungen	33
1.) Verbandsklagerecht	33
2.) Institutionelle Unterstützung.....	34
3.) Untersuchungsgrundsatz	34
4.) Rechtsfolgen.....	34
5.) Gleichheitsgrundsatz in TVG einfügen.....	34
6.) Verbandsklage in § 9 TVG erweitern	35
7.) Eigenes Gesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit	35
Provinz Ontario, Kanada.....	35
Deutschland	36
8.) Institutionelle Unterstützung zur Beratung und Kontrolle	37

Das Lohngefälle „stellt ein wesentliches Hindernis dafür dar, dass Frauen die gleiche wirtschaftliche Unabhängigkeit erreichen wie Männer. [...] Die Gleichheit des Arbeitsentgelts lässt sich nur durch ein Engagement auf sämtlichen Ebenen verwirklichen, das alle beteiligten Akteure einbezieht und auf die Beseitigung jeglicher Ursachen des Lohngefälles abzielt“¹.

1 Umfang und Ursachen von Entgeltungleichheit allgemein

Das Verbot der Entgeltdiskriminierung aufgrund des Geschlechts ist seit 1949 im Grundgesetz (Art. 3 GG) und seit 1957 EU-rechtlich (Art. 141 (ex Art. 119) EGV) fest geschrieben. Seit 1980 ist das geschlechtsspezifische Diskriminierungsverbot auch im BGB geregelt (§§ 611 a, 612 BGB). Seit 2006 gilt in Deutschland mit dem AGG ein Antidiskriminierungsgesetz, das die geltenden Regelungen im BGB aufnahm, zum Teil modifizierte und auf andere Diskriminierungsmerkmale, wie z.B. Lebensalter, rassistische Diskriminierung und Behinderung ausgeweitet hat.

Trotzdem hat sich die Einkommensdifferenz in Deutschland seit den 1970er Jahren nur von 30 Prozent auf 22 Prozent verringert. Im aktuellen EU-Ranking belegt die BRD den viertletzten Platz, 15 Prozent Differenz bestehen demgegenüber im EU-Durchschnitt. Vor allem im Bereich des Grundlohnes gibt es eine große Schere zwischen Männern und Frauen, aber auch die Höhe der gezahlten Leistungsentgelte (Akkord-, Prämienlohn und Leistungszulagen) ist geschlechtsabhängig².

Die Ursachen dafür sind vor allem struktureller Art: der Anteil der weiblichen geringfügig bzw. in Teilzeit Beschäftigten ist hoch, Frauen arbeiten in schlechter bezahlten Branchen, im Niedriglohnsektor und sind in gut dotierten Führungspositionen unterrepräsentiert. Bei Gehaltsverhandlungen, bei der Beurteilung von Leistung und Tätigkeit von Frauen wirken tradierte Geschlechterrollenklišees fort. Während es in der freien Wirtschaft durchaus üblich ist, Frauen für die gleiche Tätigkeit schlechter zu bezahlen, gibt es diese direkte Form der Lohndiskriminierung im öffentlichen Dienst nicht. Die hier geltenden Tarifverträge enthalten jedoch zahlreiche mittelbar diskriminierende Entgeltregelungen, wenn z.B. frauendominierte Tätigkeiten niedriger eingruppiert werden und über Kriterien wie Lebensalter, Dienstalter/Tätigkeitsjahre oder Berufserfahrung pauschal auf Anwesenheitszeiten Bezug genommen wird, die Frauen aufgrund von Erziehungs- oder Pflegezeiten in geringem Maße erbringen.

Kampagnen gegen geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung und unverbindliche Vereinbarungen zur Chancengleichheit in der Privatwirtschaft hatten wenig Wirkung. Aber auch Klagen - ob gegen Individualarbeitsverträge oder tarifvertragliche Regelungen - blieben Einzelfälle. Stimmen aus der Beratungspraxis attestieren den gesetzlichen Antidiskriminierungsvorschriften weiter zu hohe Barrieren für die Rechtsmobilisierung und beklagen das Fehlen einer Antidiskriminierungskultur in Deutschland.

1 EU-Kommission, 18.7.2007, Mitteilung zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles, KOM (2007) 424.

2 Deutscher Bundestag (Hrsg.) (2002): Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern. BT-Drs. 14/8952 v. 25.04.2002, Textband, 190ff.

1.1. Strukturelle Faktoren des Gender Pay Gap

Für das geringere Verdienstniveau von Frauen werden heute folgende, hauptsächlich strukturelle Faktoren verantwortlich gemacht:

1. Geschlechtsspezifische Trennlinien bestehen auf dem Arbeitsmarkt und innerhalb der Unternehmenshierarchie:
 - horizontale Segregation: Frauen arbeiten häufiger in Berufen und Branchen mit niedrigerem Lohnniveau
 - vertikale Segregation: Frauen arbeiten weniger in Führungspositionen
 - einkommenserhöhende Zusatzleistungen werden vorwiegend in männerdominierten Branchen gezahlt
 - Frauen sind häufiger in niedriger bewerteten und bezahlten Berufs- oder Tätigkeitspositionen tätig
 - und arbeiten eher in Kleinunternehmen mit generell niedrigerem Lohnniveau.
2. Die Frauen nach wie vor zugemutete Doppelrolle von Erwerbsarbeit und überwiegender, wenn nicht alleiniger Zuständigkeit für Pflege-, Erziehungs- und Reproduktionsarbeit, wird stillschweigend akzeptiert. Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung in Erwerbsarbeit und Sorgearbeit führt zu einer Segregation des Arbeitsmarktes nach Arbeitszeiten:
 - Frauen haben mehr Berufsunterbrechungen als Männer
 - verzeichnen oft weniger Berufsjahre, eine kürzere Betriebszugehörigkeit und Berufserfahrung
 - arbeiten häufiger in Teilzeit, mit geringeren Aufstiegsmöglichkeiten.

„Schuld“ an der Einkommensschere ist nicht die individuelle Entscheidung von Frauen für einen bestimmten Beruf oder für die Übernahme von Sorgepflichten, sondern mit dem Geschlecht verknüpfte kulturell verankerte und institutionell gestützte Geschlechterkonstruktionen, die Erwerbs- und Lebensmuster und deren Antizipation durch die Arbeitgeber.

1.2. Unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung

Daneben können Formen von **unmittelbarer** (direkter) Lohndiskriminierung eine Rolle spielen. Diese liegt vor, wenn die geringere Entlohnung bei gleicher Tätigkeit offensichtlich mit der Geschlechtszugehörigkeit begründet wird - etwa bei den Lohnabschlagsklauseln für Frauen in der Nachkriegszeit oder wenn einer Frau offensichtlich aufgrund ihres Geschlechts der Zugang zu besser dotierten Positionen verwehrt wird, z.B. im Zusammenhang mit einer (potentiellen) Schwangerschaft. Diese Formen offener Diskriminierung sind heute nur noch selten zu finden, auch wenn immer noch Fälle offensichtlich unterschiedlicher Bezahlung oder Stellenbezeichnung bei gleicher Arbeit auftreten³. Vor allem in der Privatwirtschaft besteht das Problem intransparenter Gehaltspolitik. In falsch verstandener Loyalität gegenüber der ArbeitgeberIn, wird über Gehälter nicht gesprochen. Geschlechtsspezifische Gehaltsunterschiede werden von vielen Frauen beklagt, aber letztlich hingenommen. Es obliegt weiter einzelnen Frauen, sich mit Individualklagen gegen diskriminierende

3 Vgl. den Fall der Logistikfirma Süderelbe, wo Frauen für gleiche Tätigkeiten nach dem Angestelltentarifvertrag, die Männer nach dem deutlich höheren Lohntarifvertrag bezahlt wurden. Auf Antrag des Betriebsrates nach § 17 Absatz 2 AGG mussten die Frauen ebenfalls in den Lohntarifvertrag eingruppiert werden.

Praxen zu wehren. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Offenlegung der Gehälter besteht nicht.

Von weitaus größerer Bedeutung und Brisanz sind gegenwärtig Formen **mittelbarer** (oder indirekter) Diskriminierung. Diese verbergen sich oft hinter tariflichen oder betrieblichen Regelungen der Entgeltbestimmung, die geschlechtsneutral formuliert sind und auf den ersten Blick nur schwer als geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung identifiziert werden können. Besonders die Kriterien innerhalb von Arbeits- und Leistungsbewertungssystemen sind häufig so ausgestaltet, dass sie im Ergebnis Frauen bei der Entlohnung benachteiligen. Dem zugrunde liegen gesellschaftliche, hierarchische Bewertungen von „weiblich“ und „männlich“ kodierten Tätigkeiten.

1.3. Die Rolle tarifvertraglicher Regelungen

Schlechtere Bezahlung ist heute nur zum Teil das Ergebnis individueller Gehaltsverhandlungen. Anders als in vielen anderen Ländern ist Lohnsetzung in Deutschland den individuellen Vertragsparteien bei einem Arbeitsverhältnis zu einem relativ hohen Maß entzogen, da das im einzelnen Arbeitsvertrag festgelegte Einkommen in vielen Fällen durch Tarifverträge weitgehend vorab geregelt wird⁴. Zwar ist die Anzahl der tarifgebundenen Betriebe in den letzten 10 Jahren zurückgegangen. 1996 arbeiteten in den alten Bundesländern noch mehr als zwei Drittel der Beschäftigten (69 Prozent) in tarifgebundenen Betrieben; dieser Anteil ging bis zum Jahr 2006 kontinuierlich auf 57 Prozent zurück. Trotzdem gilt noch immer für mehr als die Hälfte der Beschäftigten in Westdeutschland ein Flächentarifvertrag. Auch in Ostdeutschland ist ein Rückgang zu verzeichnen; der entsprechende Anteil der Beschäftigten sank von 56 Prozent 1996 auf 41 Prozent im Jahr 2006.⁵ Neben dem für die Tariflandschaft in Deutschland typischen Flächen- bzw. Verbandstarif, den eine Gewerkschaft mit einem Arbeitgeberverband für eine Branche in Gesamtdeutschland oder für eine Region abschließt, bestehen eine Vielzahl von Firmen- oder Haustarifverträgen, die zwischen einer Gewerkschaft und einem einzelnen Unternehmen abgeschlossen werden. Deren Zahl ist in den letzten Jahren auf rund 10 Prozent angestiegen⁶. Darüber hinaus orientiert sich ein großer Teil der nicht tarifgebundenen Unternehmen an dem für ihren Wirtschaftsbereich vorgegebenen Branchentarifvertrag⁷. Das deutsche Tarifsyst em übt also einen großen Einfluss auf das Einkommen der Beschäftigten aus.

Zwar wurde festgestellt, dass der geschlechtsspezifische Lohnunterschied in Firmen, die tarifvertraglich gebunden sind und die über Beschäftigtenvertretungen (Betriebsräte) verfügen, durchschnittlich geringer ist. Als Ursache dafür werden eine stärkere Lohnkompression und geringere unkontrollierte Produktivitätsunterschiede bzw. Lohndiskriminierung in diesen Firmen angesehen⁸.

Trotzdem gehen diskriminierende Entgeltregelungen auch auf die Entgeltpolitik der Ver-

4 Vgl. Torben Iversen/David Soskice(2000): Unions, Employers and Central Banks: Wage Bargaining and Macroeconomic Regimes in an Integrating Europe. Cambridge.

5 Vgl. zum Ganzen IAB Forschungsbericht 5/2007, S. 47f.

6 Vgl. Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), in: BT-Drucksache 14/8952, S.14.

7 16 Prozent der westdeutschen und 24 Prozent der ostdeutschen Beschäftigten, vgl. WSI-FrauenDatenReport, S. 255.

8 Hermann Gartner/Gesine Stephan (2004): How collective contracts and works councils reduce the gender wage gap. IAB Discussion Paper, 07/2004.

bände zurück, in der sich gesellschaftliche Wertvorstellungen über typisch „weibliche“ und „männliche“ Tätigkeiten, Verantwortlichkeiten und Fähigkeiten widerspiegeln.

Tarifverträge differenzieren nicht nach Geschlecht, sondern nach Tarifbereichen, -berufen, -tätigkeiten, zum Teil nach ArbeiterInnen und Angestellten und nach Kriterien wie Qualifikation, Tätigkeitsanforderungen, Leistungsgrad, Berufs- und Betriebszugehörigkeit, besondere Belastungen. Daraus ergibt sich ein vielschichtiges Bild der Tariflandschaft und der Tarifeinkommen: Relativ gut bezahlte „Männerbranchen“ (z. B. Chemie, Bau) stehen schlechter bezahlten „Frauenbranchen“ (z. B. Hotel/Gaststätten, Bekleidung, Nahrung) gegenüber. Niedriglohntätigkeiten finden sich überdurchschnittlich in stark mit Frauen besetzten Berufen (z. B. Friseurin, Floristin, Verkäuferin), hoch bezahlte Tätigkeiten dagegen häufiger in männerdominierten Berufen (z. B. Techniker, Ingenieure, Piloten).

Diskriminierende Aspekte kollektivrechtlicher Regelungen, die zu ungleicher Entlohnung führen, sind grundsätzlich in folgenden Bereichen zu suchen⁹:

1.3.1. in der Bewertung und Eingruppierung von beruflichen Tätigkeiten:

--> Schon bei der Festlegung der tariflichen Grundentgelte werden überwiegend traditionell „weibliche Tätigkeiten“ geringer geschätzt und schlechter bewertet, ohne dass dies aufgrund objektiver Kriterien gerechtfertigt wäre.

1.3.2. in der Bewertung von Lebensalter, Betriebszugehörigkeit und Berufserfahrung:

--> Karrieren sind auf Vollzeitarbeitende ohne Sorgepflichten zugeschnitten. Demgegenüber werden Teilzeitbeschäftigte in ihren beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten beschränkt und berufliche Pausen aufgrund von Erziehungs- und Pflegezeiten wirken sich negativ auf Kriterien wie Betriebszugehörigkeit, Dienstalter oder Berufserfahrung aus.

--> Wenn das Kriterium der „vergleichbaren“ Berufserfahrung nicht näher erläutert ist, fördert es zudem eine gegenständliche Fixierung auf die Inhalte des primär vorausgesetzten Berufsabschlusses. Das bewirkt eine konservative berufsfachliche Orientierung, die dem Wandel der Arbeitsanforderung insbesondere in neuen Arbeitsfeldern oftmals nicht gerecht wird. Man denke z.B. an kommunikative Fähigkeiten, an soziale Kompetenz, an die Fähigkeit zur Interaktion einschließlich der damit verbundenen Souveränität, den mitunter erheblichen psychischen Stress verarbeiten zu können. In Dienstleistungsberufen haben diese Kompetenzen oftmals größere Bedeutung als formale Berufsabschlüsse.

--> Überdies erscheinen Berufszeiten jenseits der 5-Jahres-Grenze nicht mehr funktionsnotwendig, um einen bestimmten Kompetenzgrad vermuten zu lassen¹⁰.

1.3.3. bei leistungsorientierten Entgelten:

9 Übereinstimmend dazu: Heide Pfarr/ Klaus Bertelsmann (1989): Diskriminierung im Erwerbsleben; Andrea Jochmann-Döll (1990): Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, S. 43 ff.; BT-Drucksache 14/8952, Kapitel 6; Gertraude Krell (2004): Arbeit und Geschlecht in der Betriebswirtschaftslehre. IAB Discussion Papers 8/2004, S. 38 ff.

10 Detlef Hensche (2002): EG-Entgeltgleichheit und Deutsche Tarifautonomie – Was können die Tarifparteien zur Umsetzung der Entgeltgleichheit tun?, Tagungsdokumentation „Modelle und Initiativen zur Entgeltgleichheit“, BMFSFJ, S. 44.

--> Auch die **Regelungen des TVöD**, der sich dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit dahingehend verpflichtet, dass die Bezahlung nicht mehr nach Lebens- bzw. Dienstalter, Familienstand und Kinderzahl erfolgen soll, sondern nach „individueller Leistung“ und „Berufserfahrung“, enthalten noch Potentiale für mittelbare Entgeltdiskriminierung, z.B. im Bereich der Leistungsentlohnung, vgl. z.B. § 18 TVöD. Das Leistungsentgelt soll grundsätzlich allen Beschäftigten zugänglich sein. Die Ermittlung der MitarbeiterInnen, die eine Leistungszulage oder -prämie erhalten, soll durch systematische Leistungsbewertung oder Zielvereinbarung erfolgen.

Die Kriterien und Verfahren sowie weitere Modalitäten (z.B. beurteilende Person(en), Beurteilungsgespräch, Widerspruchsrechte) der Leistungsbewertung sind häufig kollektiv geregelt, teils auf tariflicher, in zunehmendem Maße auf betrieblicher Ebene, z.B. durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen. In einigen Bereichen (z.B. in Unternehmen der Metallindustrie) ist es üblich, dass der/die Vorgesetzte eine freie oder „pauschale“ Beurteilung vornimmt. Eine solche Praxis ist wenig durchschaubar und überprüfbar. Von gewerkschaftlichen TarifexpertInnen wird eingeräumt, dass hierbei auch leistungsfremde Kriterien (z.B. Nationalität, Einstellungen, Geschlecht) eine Rolle spielen und im Ergebnis „häufig [...] Frauen, Ausländer und gewerkschaftlich aktive KollegInnen benachteiligt [werden]“¹¹.

Sowohl die Auswahl und Definition der **Leistungskriterien**, wie auch der Einfluss leistungsfremder Beurteilungskriterien können Frauen benachteiligen. Ein Beispiel dafür ist der unbewusste Rückgriff auf Geschlechterstereotype (Frauen sind emotionaler, handeln intuitiv und sind sozial kompetent, aber weniger belastbar), die bei der Beurteilung stets mitwirken¹². Daneben spielt, wie bereits beim Grundlohn, die niedrige Gewichtung von Leistungskriterien eine Rolle, die für typische Tätigkeiten von Frauen bedeutsam sind; z.B. soziale, interaktive Kompetenzen für den Dienstleistungsbereich. Diskriminierende Auswirkungen hat auch der grundsätzliche Ausschluss von Frauen von der Leistungsbezahlung: Bei der Festlegung des räumlichen und persönlichen Geltungsbereichs können frauendominierte Bereiche oder einzelne Gruppen (z.B. Teilzeitbeschäftigte) ausgeschlossen sein, ohne dass hierfür sachliche oder objektive Gründe vorliegen.

1.3.4. bei der Vereinbarung von Vergünstigungen und Zulagen:

--> Die angesprochenen Formen von mittelbarer Diskriminierung bzw. von Mehrfachdiskriminierung sind meist in Rahmentarifverträgen (RTV) enthalten, welche die Lohn- und Gehaltsgruppen festlegen, Gruppenmerkmale definieren und die Regelungen zur Leistungsentlohnung treffen. Aber auch Bestimmungen in Manteltarifverträgen, z.B. zu Zuschlägen für Mehr- und Schichtarbeit können diskriminierungsrelevant sein. Zunächst fällt auf, dass das tarifliche Zulagenwesen bei Männertätigkeiten weitaus ausgefeilter als in den Frauenarbeitsbereichen ist. Zulagen spielen bei den Verdiensten der Männer eine größere Rolle als bei denen von Frauen¹³.

--> Auch eine uneinheitliche Gewährung von Zulagen und Zuschlägen kann zu einer Entgeltdiskriminierung führen. Die umfangreichen tariflichen Kataloge über zuschlagsberechtigende Tätigkeiten für ArbeiterInnen des öffentlichen Dienstes bewerten männer- und frauendominierte Tätigkeiten im öffentlichen Dienst nicht immer gleich. Auch hier ist zu

11 Zitiert aus BT-Drucksache 14/8952, S. 245.

12 Vgl. Karin Tondorf/Andrea Jochmann-Döll (2005): (Geschlechter-)Gerechte Leistungsvergütung? Vom (Durch-)Bruch des Leistungsprinzips in der Entlohnung, S. 89.

13 Vgl. BT-Drucksache 14/8952, S. 118.

prüfen, ob bei frauendominierten Angestelltentätigkeiten, z.B. in Krankenhäusern oder Altenpflegeheimen, besondere Belastungen oder Erschwernisse vorliegen, die gar nicht oder nicht angemessen vergütet werden¹⁴.

Davon betroffen sind Tarifverträge der Privatwirtschaft wie auch des öffentlichen Dienstes der Kommunen, der Länder und des Bundes. Zahlreiche frauendiskriminierende Elemente enthält z.B. die Entgeltordnung des BAT. Die frauendominierten Tätigkeiten in der Altenpflege oder im Bibliothekswesen sind dort niedriger eingruppiert als Tätigkeiten im technischen Bereich. Andere Tarifregelungen schließen Teilzeitbeschäftigte ganz von bestimmten Leistungen aus oder führen dazu, dass diese im Ergebnis schlechter bezahlt werden¹⁵.

Schließlich existiert ein wachsender Niedriglohnsektor, von dem auch Vollzeitbeschäftigte und vor allem Frauen betroffen sind. Das betrifft auch Branchen mit gültigen Tarifverträgen, vor allem solche wie das Friseurhandwerk, das Hotel- und Gaststättengewerbe, die Bekleidungsindustrie und Pflegedienstleistungen, also typische Frauenberufe¹⁶.

Tarifverträge stellen die Weichen für mögliche systematische Frauen- und Männereinkommen. Die fortbestehenden Entgeltungleichheiten in Deutschland sind zwar nicht ausschließlich, aber auch auf die rechtlichen Regelungen in Tarifverträgen zurückzuführen¹⁷.

1.3.5. Verfahren zur Arbeitsbewertung

In den meisten Tarifbereichen findet derzeit das „**summarische Bewertungsverfahren**“ Verwendung. Dabei wird der Wert einer Arbeit pauschal eingeschätzt. Die gewählten Kriterien (z.B. Kenntnisse und Fertigkeiten, Verantwortung, Belastungen) werden also „in der Summe“, nicht einzeln, abgeschätzt. Dabei können die Arbeitsplätze (in ihrer Gesamtbetrachtung) entweder in eine Rangfolge gebracht werden, oder es werden Lohn-/ Gehaltsgruppen bzw. Entgeltgruppen mit jeweiligen Anforderungskatalogen gebildet, denen dann die Arbeitsplätze zugeordnet werden. Das betrifft z.B. „Tätigkeiten, die Kenntnisse oder Fertigkeiten erfordern, wie sie in der Regel durch eine kurze Einarbeitung erworben werden“ oder „durch erhöhte Belastungen“ gekennzeichnet sind. Mitunter werden in Tarifverträgen neben diesen Anforderungskatalogen Tätigkeitsbeispiele aufgeführt, welche die Eingruppierung erleichtern sollen.

Demgegenüber werden „**analytische Verfahren**“, nur vereinzelt angewendet. Die Arbeiten werden hier daraufhin untersucht, ob die jeweiligen Kriterien überhaupt eine Rolle spielen und in welchem Ausmaß. Hier können entweder Rangreihen je Anforderungsart gebildet werden. So erhält z.B. bei dem Anforderungskriterium „Kenntnisse“ der/die DreherIn nach den herrschenden Wertvorstellungen einen höheren Rangplatz als der/die PförtnerIn. Die einzelnen Anforderungen können aber auch nach Intensität abgestuft werden,

14 Siehe BT-Drucksache 14/8952, S. 247f.

15 Vgl. EuGH v. 06.07.2007, Rs. C-300/06, in Bezug auf eine in Deutschland für bestimmte Teilzeit-Beamte geltende Vergütungsregelung. Der Gerichtshof sah in der Regelung eine Diskriminierung, weil sie Überstunden schlechter vergütete als die im Rahmen der Regelarbeitszeit erbrachte Arbeit und damit Teilzeitbeschäftigte (also überwiegend weibliche Beschäftigte), die Überstunden leisteten, bei gleicher Arbeitszeit im Ergebnis weniger Entgelt erhielten.

16 Eine Auswertung des WSI-Tarifarchivs zeigt, dass z.B. 2005 in NRW in 35 Branchen tarifliche Grundvergütungen im Niedriglohnbereich vereinbart waren. Vgl. m.w. Beispielen WSI-Frauen-Datenreport 2005, S. 258.

17 Vgl. mit Beispielen aus verschiedenen Tarifbereichen: Karin Tondorf (2002): Entgeltgleichheit für Männer und Frauen, in AiB 12/2002, S.755, 757f.; BT- Drucksache 14/8952, S. 163ff.

z.B. kann die Anforderungsart „Verantwortung“ auf einer Skala von 0 bis 5 abgebildet werden. Bei der Bewertung wird eingeschätzt, wie stark das Merkmal jeweils ausgeprägt ist. Eine weitere Verfahrensentscheidung ist die Gewichtung der Anforderungskriterien: z.B. erhalten „Können“ und „Verantwortung“ i.d.R. ein höheres, „Belastung“ und „Arbeitsbedingungen“ ein niedrigeres Gewicht. Je Anforderungskriterium wird ein Teilarbeitswert ermittelt, diese Teilarbeitswerte werden gewichtet und zu einem Gesamtarbeitswert addiert. Dieser entspricht entweder einer bestimmten Entgeltgruppe oder die Tarifparteien vereinbaren von Arbeitswert zu Arbeitswert einen Steigerungsbetrag¹⁸.

Analytische Verfahren sind besser zur Durchsetzung von Entgeltgleichheit geeignet, da die Bewertungsentscheidung 1.) transparenter wird und 2.) dem Grundsatz der einheitlichen Bewertung folgt.¹⁹

In einigen Tarifverträgen werden sowohl summarische als auch analytische Arbeitsbewertungsverfahren angewendet. Auch das kann zu einer Verwendung unterschiedlicher Kriterien bei der Bewertung von frauen- und männerdominierten Tätigkeiten (siehe 1.4.1., 3.) führen. Wenn z.B. innerhalb eines Unternehmens Angestellten-tätigkeiten (z.B. SekretärIn) nach dem wesentlich ungenaueren summarischen Verfahren und ArbeiterInnen-tätigkeiten (z.B. ElektrikerIn) nach dem differenzierteren analytischen Verfahren bewertet werden. Zugleich kann die Tarifregelung innerhalb eines Unternehmens bewirken, dass Tätigkeiten von ArbeiterInnen nach einem anderen summarischen System bewertet werden als Tätigkeiten von Angestellten. Dies kann im Einzelfall ermöglichen, dass bei einer männerdominierten gewerblichen Tätigkeit Belastungen bewertet und bezahlt werden, während bei einer frauendominierten Angestellten-tätigkeit auch dann, wenn solche Belastungen vorliegen, ihre Honorierung ausgeschlossen ist. Und auch innerhalb der Angestellten werden mitunter andere summarische Verfahren angewendet, zum Beispiel für (1) für kaufmännische Angestellte, (2) für technische Angestellte und (3) für MeisterInnen. Gemeinsame Kriterien werden auch hier nicht durchgängig angewendet²⁰.

1.4. Entgeltdiskriminierung aufgrund anderer Merkmale

Dass geschlechtsspezifische Einkommensdifferenz hängt auch mit dem Lebensalter zusammen. Lebensalter zusammenhängen bzw. sich verstärken, wurde bereits ausgeführt (vgl. 1.4.2). Je älter die Beschäftigten, um so größer fällt der Einkommensrückstand der Frauen aus²¹. Aber auch Frauen mit Migrationshintergrund verdienen weniger als Frauen ohne Migrationshintergrund und als Männer mit Migrationshintergrund, wobei die Wechselwirkung

18 Siehe zum Ganzen BT-Drucksache 14/8952, S. 216.

19 Verwendet man z.B. statt der Eingruppierungsmerkmale des BAT eine diskriminierungsfreie Methode der Arbeitsbewertung wie ABAKABA (Analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch) kommt man zu dem Ergebnis, dass die Stelle einer Diplom-Bibliothekarin (FH) im Vergleich zu einer Ingenieursstelle (FH) leicht besser bewertet wird. Nach dem BAT ist die Bibliothekarin in BAT IVb oder IVa eingruppiert, der Ingenieur in IVa mit Bewährungsaufstieg zu III. Noch evidenter wird das Ergebnis beim Vergleich zwischen Altenpflegerin (Vergütungsgruppe Kr. V-VII gem. BAT Anlage 1b) und technischem Sachbearbeiter (VIb – Vb). Die Bewertung mit ABAKABA ergibt eine doppelt so hohe Wertigkeit der Stelle der Altenpflegerin wie die des technischen Sachbearbeiters.

20 Vgl. zum Ganzen mit Beispielen aus dem Lohn- und Gehaltstarifvertrag der Metallindustrie Nordwürttemberg/ Nordbaden: BT-Drs. 14/8952, S. 222 f.

21 Frauen im Alter bis zu 24 Jahren verdienen ca. 7,8 Prozent weniger als ihre gleichaltrigen männlichen Kollegen. Bei der Altersgruppe zwischen 25 und 34 Jahren beträgt die Differenz bereits 17,5 Prozent. Frauen zwischen 35 und 55 Jahren liegen rund 22 Prozent hinter den Männern zurück. Am deutlichsten zeigt sich der Abstand zwischen Frauen und Männern ab 55. Dort beträgt der Gehaltsunterschied 26,7 Prozent. Vgl. WSI-Tarifarchiv, Onlinebefragung, Quelle: <http://www.lohnspiegel.de/main/frauengehalt-niedriger;08.08.2008>.

gen zwischen Geschlecht, Migrationsmerkmalen, Bildung, Lebensalter und Ausbildungs-ort, die unter dem Begriff der Interdependenzen diskutiert werden, noch eine weitgehend offene Herausforderung für die empirische Forschung zum Gender Pay Gap darstellen²².

Ob und wie tarifvertragliche Regelungen auch im Hinblick auf diese und andere Merkmale diskriminieren und inwieweit damit verstärkte oder spezifische Entgeltdiskriminierungen von Frauen einhergehen, ist bis auf offensichtliche Formen der Altersdiskriminierung bislang noch gar nicht untersucht worden.²³ In Bezug auf die sexuelle Orientierung können Regelungen, die die Ehe gegenüber der eingetragenen Lebenspartnerschaft privilegieren, diskriminierenden Gehalt besitzen²⁴.

2 Bestehende Rechte und Maßnahmen und deren Wirkung

2.1 Rechtslage

Artikel 141 EGV gilt im deutschen Recht unmittelbar. Daneben regeln mehrere Richtlinien (RL) die Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.²⁵ Der Europäische Gerichtshof (EuGH) schließlich, hat die Regelungen zur diskriminierungsfreien Entlohnung in zahlreichen Urteilen konkretisiert. Die Bundesrepublik hat die europäischen Richtlinienvorgaben von Anfang an nur zögerlich und bis heute nicht vollständig in nationales Recht umgesetzt. Auf einfachgesetzlicher Ebene regelten seit 1980 die §§ 611a ff. BGB, insbesondere § 612 Abs. 3 BGB das Verbot der Entgeltdiskriminierung durch Individualarbeitsverträge, wie auch für kollektivrechtliche Vereinbarungen. Seit dem 18.08.2006 gilt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) bei Benachteiligungen u. a. in Bezug auf „die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG).

Eine Definition von „Entgelt“ enthält das AGG ebenso wenig, wie nähere Bestimmungen zum anzuwendenden Bewertungsmaßstab. Hier muss bislang auf die unmittelbar wirkende Vorschrift des Art. 141 EGV und die Rechtssprechung des EuGH zurückgegriffen werden.

Vereinbarungen, die gegen ein Diskriminierungsverbot verstoßen, sind gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Das können neben Arbeitsverträgen auch kollektive Vereinbarung wie Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen oder Tarifverträge sein. Der Arbeitgeber ist ver-

22 Vgl. Johannes Gernandt: Earnings prospects for people with migration background in Germany – Education in Germany vs. education abroad; Miriam Beblo: Gender, Alter und Migration: Quantitative Ansätze zur mehrdimensionalen Erforschung von Entgeltdiskriminierung; Vortrag zur Fachtagung „Equal Pay als mehrdimensionale Gleichstellungsfrage – Daten und Faktoren“, Berlin, 19.06.2008.

23 Vgl. zum Ganzen, insbesondere der Lohndiskriminierung nach Nationalität und Lebensalter: Beblo, Miriam, Wolf, Elke: Quantifizierung der innerbetrieblichen Entgeltdiskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Forschungskonzept einer mehrdimensionalen Bestandsaufnahme, Harriet Taylor Mill-Institut für Ökonomie und Geschlechterforschung, Discussion Paper 04, 11/2008

24 Zur mittelbaren Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen LebenspartnerInnen durch Vorschriften der betrieblichen Altersvorsorge vgl. zuletzt EuGH v. 01.04.2008, Rs. C-267/06, „Maruko“.

25 U. a. die Entgeltgleichheitsrichtlinie 75/117/EWG, die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, geänd. d. RL 2002/73/EG, die Beweislastrichtlinie 97/80/EG). Diese werden in der RL 2006/54/EG neu- bzw. zusammengefasst und mit Wirkung zum 15.8.2009 aufgehoben. Darüber hin aus formulieren die Richtlinien 2000/43/EG und 2002/78/EG ein Diskriminierungsverbot wegen rassistischer Zuschreibungen/ ethnischer Herkunft, Behinderung, Religion/Weltanschauung, Lebensalter und sexueller Orientierung auch bezüglich des Entgelts.

pflichtet, rechtswidrige Normen nicht anzuwenden²⁶.

Darüber hinaus sind nach § 17 Abs. 1 AGG, Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen lediglich „aufgefordert“, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung der gesetzlichen Ziele des AGG mitzuwirken“.

2.2 Gründe für mangelnde Rechtsumsetzung

Es stellt sich die Frage nach den Ursachen für die Divergenz zwischen formalem Diskriminierungsverbot und den faktischen Defiziten in der Entgeltgleichheit. Warum ist der Grundsatz der Entgeltgleichheit immer noch ein „Prinzip ohne Praxis“²⁷?

Folgende Faktoren sind für die Nichtdurchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit verantwortlich:

1. **Individualrechtliche Konzeption:** Die rechtlichen Diskriminierungsverbote sind individualrechtlich konzipiert, sie zielen 1.) nicht auf strukturelle Veränderungen und müssen 2.) durch einzelne ArbeitnehmerInnen durchgesetzt werden.
2. **Umsetzungsdefizite:** Zum Teil entspricht die materielle deutsche Rechtslage noch nicht den Anforderungen des europäischen Rechts.
3. **Gerichtspraxis:** Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte ist spärlich und inkohärent, vor allem in Bezug auf die Bewertung und die Rechtsfolgen diskriminierender Regelungen in Tarifverträgen.
4. **Rechtsfolgen:** Die Entscheidung eines Gerichts wirkt nur unmittelbar zwischen den Parteien.
5. **Tarifpolitik:** Die Tarifpolitik der Tarifvertragsparteien ist von Abwehrreaktionen und Verzögerungen gekennzeichnet.
6. **Kultur des Schweigens statt Antidiskriminierungskultur:** Über Entgelt wird nicht gesprochen, Verdienststrukturerhebungen und Transparenzgebote existieren nicht

Während die §§ 611a ff. BGB kaum bekannt waren, führt die öffentliche Debatte um das AGG seit den letzten beiden Jahren zu einem Anstieg von Klagen. Von einer Klageflut kann weiterhin keine Rede sein. Zurückzuführen ist das vor allem auf mangelnde Möglichkeiten kollektiver Rechtsdurchsetzung. Das AGG ist als zivilrechtliches Gesetz konzipiert, daher müssen alle Rechtsfolgen, die sich aus der Nichtigkeit diskriminierender Entgeltregelungen ergeben, durch die ArbeitnehmerInnen im Wege individueller Klagen durchgesetzt werden.

Erschwerend wirkt sich das vor dem Hintergrund der großen Bedeutung kollektivrechtlicher Regelungen in Deutschland aus. Den Betroffenen obliegt die Last individueller Klagen gegen ganze Systeme, die Gewerkschaften können mangels Verbandsklagebefugnis nicht im Namen ihrer Mitglieder gegen diskriminierende Regelungen vorgehen und Kampagnen gegen geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung und unverbindliche Vereinbarungen zur Chancengleichheit in der Privatwirtschaft hatten wenig Wirkung.

26 Eva Kocher, in Dagmar Schieck (2007): *Kommentar zum AGG*, § 15, Rn 53 m.w.N.

27 Regine Winter (1998): *Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis*.

4 Defizite und gesetzgeberische Möglichkeiten

3.1. Umsetzungsdefizite im materiellen deutschen Recht

Die bestehenden gesetzlichen Regelungen in Deutschland werden den Anforderungen des europäischen Gemeinschaftsrechts in mehrfacher Hinsicht noch nicht gerecht.

3.1.1. Definition Entgelt und Diskriminierungsverbot

Der alte § 612 Abs. 3 BGB war die einzige Norm des bundesdeutschen Rechts, die die Richtlinie 75/117/EWG umsetzte und dem Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit unabhängig vom Geschlecht deutlich Ausdruck gab. § 612 Abs. 3 BGB wiederholte allerdings nur den Wortlaut, des ohnehin direkt anwendbaren Artikel 141 EGV. Damit war noch nicht Artikel 1 der RL 75/117/EWG (jetzt Art. 4 RL 2006/54/EG) umgesetzt (vgl. oben 2.1.2.2. Grundsatz der Entgeltgleichheit).

Nach Inkrafttreten des AGG und dem Außerkrafttreten von § 612 Abs. 3 BGB wurde der Umsetzungsmangel noch verschärft. § 612 Abs. 3 BGB war immerhin als Verbot formuliert, aus dem dann das Recht auf gleiches Entgelt abgeleitet werden konnte ([...] „darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht [...] eine geringere Vergütung vereinbart werden“). Im AGG ist die Entgeltgleichheit neben dem sachlichen Anwendungsbereich in § 2 nur in § 8 Abs. 2 AGG ausdrücklich erwähnt, der lediglich eine Rechtfertigungsblockade formuliert, also noch hinter § 612 Abs. 3 BGB zurück bleibt.

- 1.) Es fehlt der in der Richtlinie 75/117/EWG enthaltene ausdrückliche Bezug auf den in Artikel 141 EG niedergelegten Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit.
- 2.) Es fehlt außerdem eine Umsetzung sämtlicher in der Richtlinie 75/117/EWG enthaltenen Präzisierungen, insbesondere, dass sich das Diskriminierungsverbot auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen bezieht und dass Systeme der beruflichen Einstufung zur Festlegung des Entgelts auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein müssen, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts ausgeschlossen werden²⁸.

Neben den europarechtlichen Vorgaben sprechen auch pragmatische Gründe für eine solche Ausformulierung. Nationalstaatliche Gesetze, Verfahren und Rechtsprechung setzen den Rahmen für eine juristische Mobilisierung des Rechts, also Lohngleichheitsklagen und deren Erfolgsaussichten. Dazu bedarf es auch eines hohen Maßes an Klarheit und Konkretisierung des Lohngleichheitsgebotes. Je höher die Transparenz, desto höher die Legitimität, sich für die gesetzlich verbrieften Rechte tatsächlich einzusetzen.

3.1.2. Zu weite Ausnahmeregelungen bei der betrieblichen Altersvorsorge

Gemäß Artikel 6 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG dürfen die Mitgliedsstaaten unter bestimmten Umständen eine Altersgrenze in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit vorsehen, allerdings nur, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt. Diese Einschränkung, der zufolge es nicht zu Diskriminierungen wegen des Ge-

28 Vgl. Schreiben des djb an die EU-Kommission vom 19.07.2007, Unzureichende Umsetzung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien in Deutschland, S. 3f.

schlechts kommen darf, ist in § 10 Satz 2 Nr. 4 AGG nicht übernommen worden. Dieser Paragraf regelt in Anlehnung an Artikel 6 der Richtlinie 2000/78/EG zahlreiche Ausnahmen bezüglich des Lebensalters. § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG bestimmt: „Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen: [...] 4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen.“

Damit hat Deutschland die Möglichkeiten zu Ausnahmeregelungen in einer nicht den Vorgaben der Richtlinie entsprechenden Weise erweitert. Die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass Deutschland dadurch seinen Pflichten zur Umsetzung von Artikel 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht vollständig nachgekommen ist²⁹.

3.1.3. Keine angemessenen Sanktionen

Damit sich der Rechtsweg lohnt, bedarf es „angemessener“, „wirksamer“ und „abschreckender“ Sanktionen, wie in allen EU-Richtlinien vorgeschrieben (Art. 25 RL 2006/54/EG, Art. 6 Abs. 2 RL 76/2007/EWG; Art. 17 RL 2002/78/EG, Art. 15 RL 2000/43/EG).

Nach § 15 Abs. 1 AGG sind Arbeitgeber/innen dagegen nur dann schadensersatzpflichtig, wenn sie schuldhaft handeln. Wenden sie diskriminierende Tarifverträge an, wird die Haftung sogar auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, § 15 Abs. 3 AGG. Da grobe Fahrlässigkeit erst dann vorliegen soll, wenn die diskriminierende Wirkung einer kollektivrechtlichen Regelung durch höchstrichterliche Rechtsprechung oder herrschende Literaturauffassung dem verständigen Arbeitgeber nicht verborgen bleiben kann, können sich Arbeitgeber/innen leicht damit entschuldigen, sie hätten nicht um die diskriminierende Auswirkung bestimmter Regelungen gewusst.

Diese Regelung ist besonders im Hinblick auf die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und Lebensalter problematisch, da viele Tarifverträge noch diskriminierende Einstufungsregelungen enthalten. Die Regelung in § 15 AGG verlangt nicht nur keine inhaltliche Kontrolle der Vereinbarungen, sondern belohnt sogar das Nichttätigwerden. Gleichzeitig fehlt eine Regelung, die eine Überprüfung von Tarifverträgen auf andere Weise sicherstellt. Die Formulierungen widersprechen auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach ein Mitgliedstaat, der sich für eine Sanktion in Form einer Entschädigungsregelung entschieden hat, diese nicht von einem Verschulden abhängig machen darf. Die EU-Kommission hat Deutschland bereits aufgefordert, auch diese Umsetzungsdefizite zu beseitigen³⁰.

3.2. Mangelnde Gerichtspraxis

Die deutsche Rechtsprechung hat die durch den EuGH formulierten Vorgaben nur selten,

29 Vgl. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362, Schreiben der Kommission v. 31.01.2008, K (2008) 0103, S. 6f.

30 Vgl. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362, Schreiben der Kommission v. 31.01.2008, K(2008) 0103, S. 6f.

uneinheitlich und oft ineffektiv angewendet³¹. Mangels richterlicher Überprüfung gibt es nur wenig Erfahrung damit, wie z.B. die Grundsätze der diskriminierungsfreien Bewertung im konkreten Fall angewendet werden. Die Zurückhaltung der Rechtsprechung liegt auch an den mangelnden Überprüfungsmöglichkeiten. Den wenigen Entscheidungen liegen nur Einzelfälle zu Grunde, auf deren Auswahl und Repräsentativität die Gerichte keinen Einfluss haben. Eindrucksvoll zeigt das eine Recherche in der Datenbank „Juris“: Ganze 46 Prozesse wurden dort zwischen 1980 (dem Jahr des Inkrafttretens des § 611a BGB) und 2007 im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Entgelt-Diskriminierung veröffentlicht. Zum Vergleich: Insgesamt sind mehr als 50.000 Arbeitsrechtsfälle in diesem Zeitraum registriert. Massenklagen von Frauen gegen Entgeltdiskriminierung sind in Deutschland Einzelfälle geblieben³². Seit Inkrafttreten des AGG hat sich die Zahl der Klagen zwar erhöht, das gilt jedoch nicht für Entgeltgleichheitsklagen. Vereinzelt wurden Fälle die mittelbar im Zusammenhang mit Entgeltgleichheit stehen³³ sowie solche diskriminierender Regelungen in Tarifverträgen verhandelt, die im Zusammenhang mit Lebensalterstufen, betrieblicher Altersvorsorge oder Teilzeitbeschäftigung standen, also mittelbar am Geschlecht festgemacht wurden³⁴.

3.2.1. Individuelle Rechtsdurchsetzung ohne Verbandsklagerecht

Die rechtliche Durchsetzung der Entgeltgleichheit obliegt in Deutschland dem/der einzelnen Arbeitnehmerin. Auch ArbeitnehmerInnen, die durch ein diskriminierendes Entgeltsystem benachteiligt werden, müssen individuell gegen ihren Arbeitgeber vorgehen, selbst dann, wenn sie als Mitglied einer ganzen Gruppe benachteiligt werden. Die §§ 611a ff. BGB a.F., wie auch das AGG, enthielten bzw. enthalten nur unzureichende institutionelle oder verfahrensrechtliche Regelungen zur Unterstützung der Betroffenen.

Der Betriebsrat hat lediglich bei groben Verstößen gegen die §§ 11, 7, 1 AGG gemäß §§ 17 Abs. 2 AGG, 23 Abs. 3 BetrVG einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Für den öffentlichen Dienst gibt es keine vergleichbare Vorschrift. Neben den Personalräten besitzen auch Mitarbeitervertretungen, Sprecherausschüsse, Jugend- und Auszubildendenvertretung, Schwerbehindertenvertretung und andere Antidiskriminierungsverbände kein Klagerecht.

Um den Betroffenen zu ihrem Recht zu verhelfen, bedarf es der Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände. Das können z.B. Gewerkschaften, Frauen- oder andere Interes-

31 Vgl. Heide Pfarr (2005), die von „Glanzlichtern und schwarzen Löchern“ spricht, in: Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen, S. 5 (Paper zum download verfügbar unter: www.boeckler.de/pdf/wsi_pfarr_entgeltgleichheit.pdf).

32 In den 70er Jahren gingen 29 Beschäftigte des Unternehmens „Heinze“ mit Einzelklagen gegen Lohn-diskriminierung vor, BAG v. 09.09.1981, AP Nr. 117 zu Art. 3 GG (Anm. Pfarr); im Jahr 2007 erregte der Fall Süderelbe öffentliches Aufsehen (vgl. FN 5), dort klagte jedoch der Betriebsrat gem. § 17 Abs. 2 AGG.

33 LAG Berlin vom 26. November 2008, Az.: 35 Ca 7741/07 zur Nichtbeförderung von Frauen (GEMA)

34 Vgl. ArbG Heilbronn v. 03.04.2007, 5 Ca 12/07 zur Nichtberücksichtigung von Elternzeiten bei der Eingruppierung; ArbG Frankfurt am Main, v. 09.08.2007, 3 BV 127/07 zur mittelbaren Diskriminierung älterer BewerberInnen; LAG Düsseldorf v. 15.02.2008 - 9 Sa 955/07 zur mittelbaren Frauendiskriminierung durch eine tarifvertragliche Regelung zum Übergangsgeld; HessLAG v. 14.02.2008 - 14 Sa 682/06 zur mittelbaren Diskriminierung einer tarifvertraglichen Regelung, die einen Bezug von Beurlaubungsgeld bis zur frühest möglichen Inanspruchnahme der Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung vorsah, was mittelbar zu einer Benachteiligung von Frauen führte, die bereits ab dem 60. Lebensjahr einen Anspruch auf Rente hatten; ArbG Berlin v. 22.08.2007 - 86 Ca 1696/07 zu den Lebensalterstufen im BAT.

senverbände sein. Artikel 9 Abs. 2 RL 2002/73/EG (Art. 17 Abs. 2 RL 2006/54/EG) verlangt daher, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, Betroffeneninteressen vertreten, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den in dieser Richtlinie zur Durchsetzung der Ansprüche vorgesehenen Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können."

3.3.4. Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien zur Überprüfung von Tarifverträgen
§ 23 Abs. 2 AGG sieht demgegenüber kein generelles Beteiligungsrecht vor. Er bestimmt lediglich, dass Antidiskriminierungsverbände bei der außergerichtlichen Beratung und als Beistände in gerichtlichen Verfahren auftreten können. Sie können nicht im Namen von Betroffenen auftreten, die sie unterstützen und begleiten, können sich keine Entschädigungsansprüche abtreten lassen und keine Fälle auf eigene Initiative vor Gericht bringen. Gerade bei strukturellen Diskriminierungen ist ein solches echtes Verbandsklagerecht jedoch unabdingbar, um über den Einzelfall hinaus diskriminierende Regelungen zu beseitigen. In § 23 Absatz 1 Satz 2 AGG ist zudem festgelegt, dass Antidiskriminierungsverbände als solche vom deutschen Recht nur dann anerkannt werden, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben.

Darüber hinaus ist das Beteiligungsrecht der Verbände auch insofern eingeschränkt, als es auf Verbände und Zusammenschlüsse beschränkt ist, die "nicht gewerbsmäßig" arbeiten. Die EU-Kommission hat Deutschland bereits aufgefordert, auch diese Umsetzungsdefizite zu beseitigen³⁵.

3.2.2. Probleme der Rechtsmobilisierung

Die individuelle Rechtsdurchsetzung geht einher mit Zugangsbarrieren zum Gericht, besonders aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus. Zu den Gründen mangelnder Rechtsmobilisierung zählen die mangelnde Bekanntheit der Rechtsansprüche, langwierige und teure Gerichtsverfahren, Beweisprobleme und unklare bzw. mangelhafte Rechtsfolgen, die die Rechtsdurchsetzung nicht lohnenswert erscheinen lassen.³⁶ Eine wichtige und begrüßenswerte Neuerung stellt in sofern die modifizierende Zusammenfassung bestehender Antidiskriminierungsregelungen in einem Gesetz dar.

3.2.2.1. Hohe persönliche Belastung

Der/die klagende Betroffene setzt sich nicht nur in Widerspruch zum Arbeitgeber, sondern greift ein ganzes System an, das oft von den Tarifparteien wie auch den betrieblichen Interessenvertretern mitgetragen wird. Wer dieses mühsam ausgehandelte System angreift, macht sich nicht beliebt und kann nicht automatisch mit gewerkschaftlicher Unterstützung bzw. Rechtsschutz rechnen (die meisten erfolgreichen Klagen wurden mittels gewerkschaftlicher Unterstützung durchgeführt). Auch gewerkschaftlicher Rechtsschutz kann die Last des Prozessrisikos und die Scheu vor einem Prozess, der hohe betriebliche und öffentliche Konfliktbereitschaft abverlangt, nicht völlig nehmen³⁷.

35 Vgl. Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362, Schreiben der Kommission v. 31.01.2008, K(2008) 0103, S. 6 f.

36 Vgl. Eva Kocher: Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, Streit 2003, 139, 142; Doris Lieb-scher: Geschichte und Inhalt des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG): Kritische Stimmen aus der Praxis, in: Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte, 4.3.2.

37 Vgl. zum Ganzen Heide Pfarr/Eva Kocher (1998): Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, S. 20ff.

3.2.2.2. Finanzielle Hürden

Viele Betroffene scheuen die mit einem gerichtlichen Verfahren verbundenen Konsequenzen. Gerichtsverfahren kosten Zeit, Energie und Geld. Daran mangelt es vielen Betroffenen. Lieber würden sie den Fall abgeben. Das Gesetz sieht jedoch kein Recht auf Abtretung von Ansprüchen und kein Verbandsklagerecht für Antidiskriminierungsverbände vor. Vor diesem Hintergrund und vor dem Risiko, die Kosten für die anwaltliche Vertretung und das Gerichtsverfahren tragen zu müssen, entscheiden sich viele Betroffene, ihr Recht auf Gleichbehandlung nicht einzuklagen.

3.2.2.3. Beweisschwierigkeiten

Unmittelbare Diskriminierung, also ungleiches Entgelt bei gleicher Arbeit, ist in Deutschland schon deshalb schwer nachzuweisen, weil über Gehalt „nicht gesprochen wird“. Einige Arbeitsverträge enthalten extra diesbezügliche Verschwiegenheitsklauseln.

In Unternehmen mit Betriebsrat muss der Arbeitgeber gemäß § 80 Abs. 2 BertVG „auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss [...] in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen“.

Der Antidiskriminierungsstelle des Bundes gegenüber sind lediglich öffentliche Stellen im Bereich des Bundes verpflichtet, Auskünfte zu erteilen, § 28 Abs. 2 AGG.

Bei Formen mittelbarer Diskriminierung wird im Einzelfall seltener der Gerichtsweg beschritten, da sich potenzielle Opfer einerseits der Diskriminierung mitunter nicht bewusst sind und es andererseits auch schwieriger ist, die Einleitung eines Verfahrens wegen Diskriminierung ausreichend zu begründen.³⁸ Auch unabhängig davon, ist der Nachweis diskriminierender Strukturen nicht leicht zu erbringen. Im deutschen Arbeitsrecht gilt der Bringungsgrundsatz, dass heißt die klagende Partei muss alle Fakten und Sachverhalte beibringen, die ihre Sache unterstützen, die RichterInnen würdigen diese Tatsachen dann. Sie sind aber nicht verpflichtet, eigene Untersuchungen anzustellen (Untersuchungsgrundsatz). Untersuchungen in der Schweiz haben gezeigt, dass in Prozessen, wo der Untersuchungsgrundsatz angewendet wurde, öfter eine Diskriminierung festgestellt wurde³⁹.

Den Nachweis, dass ein ganzes Entgeltsystem diskriminierend sei, muss im Zweifel die Klägerin erbringen. Auch die Beweislast erleichterung des § 22 AGG hilft in diesen Fällen nicht weiter. Die Beweislast erleichterung bezieht sich letztlich nur auf die diskriminierende Wirkung der Lohnpolitik⁴⁰. Spezifische Fachkenntnisse bzw. externe Sachverständigen-gutachten sind erforderlich, gerade wenn sich die Klage gegen mittelbare Diskriminierungen in Tarifverträgen richtet, die oft nur durch die komplizierte Bildung von Vergleichsgruppen aufgedeckt werden können, deren Zusammensetzung zudem strittig sein kann.

38 EU-Kommission, 18.7.2007, Mitteilung zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles, KOM(2007) 424, S.7.

39 Elisabeth Freivogel (2005), Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, Inhaltsanalytische Auswertung der Gerichtsfälle in den Kantonen Graubünden, Schwyz, Waadt und Zürich, S. 38f.

40 So entschied das BAG im Fall einer Sozialarbeiterin mit Fachhochschulabschluss, die Gleichstellung mit der Berufsgruppe der technischen Angestellten verlangt hatte, BAG v. 10.12.1997, 4 AZR 264/96, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Diskriminierung; sowie Nino Colneric (1999), Der Anspruch für gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, Festschrift für Dieterich, S.45 ff..

Die deutschen Gerichte überprüfen nicht selbst die Gleichwertigkeiten von Tätigkeiten, bzw. geben keine Arbeitsbewertungsgutachten in Auftrag. Demgegenüber untersuchen schweizerische Gerichte die Gleichwertigkeit von Arbeitsplätzen und Berufen tatsächlich. Laut Gesine Fuchs wurden in 44% aller Lohngleichheitsprozesse richterliche Gutachten erstellt, in Deutschland dagegen in keinem Fall⁴¹.

3.2.2.4. Fristen

Andere Fälle scheitern an den kurzen Fristen zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Gemäß § 15 Absatz 4 AGG müssen Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche innerhalb einer Frist von zwei Monaten gegenüber dem/der ArbeitgeberIn schriftlich geltend gemacht werden. Viele Betroffene brauchen mehr Zeit, um sich beraten zu lassen, sich zu entscheiden und sich Unterstützung zu versichern. Die Beratungspraxis zeigt, dass diese Fristen in keiner Weise mit der Lebensrealität der betroffenen Gruppen übereinstimmen. In einigen Fällen verhindert die zur Fristwahrung nötige schriftliche Geltendmachung des Anspruchs auch eine einvernehmliche Einigung, da die Gegenseite den Fall sofort an einEn Rechtsanwält/in abgibt.

3.2.2.5. Außergerichtliche Beschwerdeverfahren

Gemäß § 13 AGG haben die Beschäftigten das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn sie sich vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten diskriminiert fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der/dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen. Das AGG regelt weder, wie die Beschwerdestelle zusammengesetzt ist, noch wie ein Beschwerdeverfahren abläuft.

Dabei hat die Beschwerdestelle laut Intention des Gesetzgebers zwei wichtige Funktionen: Sie soll es dem Arbeitgeber ermöglichen, frühzeitig von diskriminierungsrelevanten Vorfällen und Strukturen im Betrieb Kenntnis zu erlangen und entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Sie soll aber auch die individuelle Rechtsdurchsetzung erleichtern. Zur Herstellung von Entgeltgleichheit kann das Beschwerderecht vor allem in Unternehmen relevant sein, die keiner Tarifbindung unterliegen. Da jeder subjektiv gefühlten Benachteiligung nachgegangen werden muss und die Beschwerdestelle Informationen zur Aufklärung beitreiben muss, kann eine Beschwerde ein Weg sein, mehr über die Gehälterstruktur im Unternehmen zu erfahren.

In der Praxis richten Unternehmen und die öffentliche Verwaltung nur unzureichend Beschwerdestellen und transparente Beschwerdeverfahren ein. Meist wird formal eine Person aus der Personalabteilung, der/die Vorgesetzte oder die Gleichstellungsbeauftragte benannt. Die vorherrschende Einstellung lautet: „wir haben bisher zum Glück keine Beschwerden gehabt, und hoffen dass das auch so bleibt“.

Die rechtliche Durchsetzung der Entgeltgleichheit obliegt in Deutschland dem/der einzelnen ArbeitnehmerIn. Der kollektiven Rechtsetzung steht kein kollektives Verfahren zu seiner Überprüfung gegenüber. ArbeitnehmerInnen, die durch ein diskriminierendes Entgeltsystem benachteiligt werden, müssen individuell gegen ihre/n ArbeitgeberIn vorgehen, selbst dann, wenn sie als Mitglied einer ganzen Gruppe benachteiligt werden. Weder die

41 Vgl. Gesine Fuchs, Legal Opportunity Structures und Lohngleichheit: Die Schweiz und Deutschland im Vergleich, Paper zum Vortrag auf dem Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen am 4.-6. September 2008, Universität Luzern, Schweiz.

§§ 611a ff. BGB noch das AGG enthielten bzw. enthalten ausreichende institutionelle oder verfahrensrechtliche Regelungen zur Unterstützung der Betroffenen.

3.2.2.7. Institutionelle Unterstützung zur Verbesserung des klagezentrierten Weges

Eine anonyme, kostenfreie Beratung, Auskunftsrechte sowie Verhandlungsmöglichkeiten im Vorfeld verstärken maßgeblich die Mobilisierung von Recht, ohne das Arbeitsverhältnis aufgeben zu müssen. Klagen aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis sind in allen europäischen Ländern eher selten. Umso deutlicher wird der unmittelbare Nutzen einer unabhängigen Institution mit Untersuchungskompetenzen: über 80 Prozent derjenigen Frauen und Männer, die sich an die unabhängige österreichische Anwältin für Gleichbehandlungsfragen gewandt haben, standen in einem aufrechten Arbeitsverhältnis⁴².

Die Unterstützung von Betroffenen soll durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erfolgen, die zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben aus Art. 13 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 8a Abs. 2 RL 2002/73/EG, Art. 12 Abs. 2 RL 2004/113/EG im Januar 2007 eingerichtet wurde. Dabei gingen die Besetzung und die Arbeitsaufnahme in der Außenwahrnehmung nur äußerst schleppend voran. Auch in Hinblick auf Ausstattung, Erreichbarkeit, Kompetenzen und inhaltliche Schwerpunktsetzung sehen vor allem Antidiskriminierungsverbände nur eine unzureichende Unterstützung im Kampf gegen Diskriminierungen⁴³.

Weder ist ein spezielles Verfahren zum Umgang mit Beschwerden vorgesehen, noch stehen der ADS umfangreiche Auskunftsrechte zu. Vielmehr *kann* die Stelle gem. § 27 Abs. 2 Zif. 1 AGG über Ansprüche und die Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens informieren. § 28 Abs. 1 AGG sieht genauso unverbindlich vor, dass die ADS Beteiligte um Stellungnahmen ersuchen kann. Damit besitzt die Antidiskriminierungsstelle des Bundes gerade nicht das Mandat, Betroffene rechtlich zu beraten⁴⁴. Auskunftsrechte stehen ihr nur gegenüber Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen des Bundes zu. Landesbehörden, kommunale Verwaltungen und private Unternehmen kann sie nur um Stellungnahmen ersuchen, so dass die Stelle kaum weiter kommen wird als die Betroffenen selbst, denen gerade bei privaten Beteiligten oft verlässliche Hintergrundinformationen fehlen⁴⁵.

Auch hat sich der Gesetzgeber weder für Kontrollmöglichkeiten noch eine eigene Klagebefugnis entschieden. Der auf Bundesebene angesiedelten Stelle kommt damit lediglich eine Wegweiser- und Verteilerfunktion zu, die die individuelle Beratung und tatsächliche Unterstützung im Einzelfall den ortsnäheren und sachkundigeren Stellen überlässt⁴⁶.

Auch die Besetzung der Leitung spricht eher gegen ein ernst zu nehmendes Bemühen, Diskriminierungen in Deutschland entgegen zu wirken. Statt den Auf- und Ausbau einer bundesweiten Beratungsinfrastruktur zu forcieren, die Entwicklung von Qualitätsstandards für Beratung und Schulung voranzutreiben, öffentlichkeitswirksam für die Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien einzutreten und Kampagnen und Programme zur Etablierung einer Antidiskriminierungskultur in Deutschland und zum Schutz vor Dis-

42 Christine Baur (2001), a.a.O., S. 28.

43 Vgl. Stellungnahme zum 1jhrigen Bestehen des advd (2007), S.6, www.antidiskriminierung.org

44 Uta Hühn, in: Beate Rudolf, Matthias Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, 2007, S. 390.

45 Sybille Raasch, Anhörung 2005, S. 11; djB, Anhörung 2005, S. 19.

46 Uta Hühn (2007), a.a.O., S. 401.

kriminierung aufzulegen, plädiert und engagiert sich die Leiterin der Antidiskriminierungsstelle des Bundes bislang einseitig auf einen „Pakt mit der Wirtschaft“. Im Zusammenhang dem neuen Kommissionsvorschlag für eine EU-Antidiskriminierungsrichtlinie mit horizontalem Ansatz 47 warnte sie vor schärferen Diskriminierungsregeln, die ein Schlag für die deutsche Wirtschaft seien. Und das wider besseren Wissens, da das AGG die meisten Vorgaben eben jener Richtlinie bereits enthält.

3.3. Tarifverträge

Besonderheiten ergeben sich bei diskriminierenden Regelungen in Tarifverträgen. Bislang ist die Änderung und Ergänzung von Tarifverträgen in Deutschland meist den Tarifvertragsparteien vorbehalten geblieben und der richterliche Eingriff wurde für unzulässig gehalten, weil der Tarifwille von den Tarifvertragsparteien und nicht von Richtern gebildet werde. Der Anspruch des Art.141 EGV auf Herstellung von Entgeltgleichheit zwischen deVgl. z.B. EuGH v. 08.10.1998, Rs. C-50/96; v. 27.03.1980, Rs. 61/ 79, „Denkavit italiana“.n Geschlechtern erfährt auch heute noch grundsätzliche Kritik durch Arbeitgeberverbände und konservative RechtswissenschaftlerInnen. Bei der Feststellung der Gleichwertigkeit von Arbeit handele es sich um eine Aufgabe, die zum Kernbereich der Tarifautonomie gehöre. Die Anforderungen des EuGH kämen vielmehr einer Tarifizensur gleich.

Tatsächlich hat der EuGH im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung bislang wenig bis keine Rücksicht auf die Tarifautonomie genommen. Und das zu Recht. Für Tarifparteien gilt kein anderes Recht als für andere Normsetzungsorgane. Die Tarifvertragsparteien haben bei ihrer Normsetzung den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten⁴⁸. Auch Art. 141 EGV bindet die Tarifvertragsparteien unmittelbar. Die Tarifautonomie gewährt diesen kein Recht, sich über Gemeinschaftsrecht und nationales Antidiskriminierungsrecht hinwegzusetzen⁴⁹.

Die nationalen Gerichte sind an die Entscheidungen des EuGH gebunden⁵⁰. Da der EuGH für alle Mitgliedstaaten verbindlich Gemeinschaftsrecht auslegt, gilt eine Norm des Gemeinschaftsrechts, so wie sie durch die im Urteil verkündete Auslegung zu verstehen und anzuwenden ist für alle Mitgliedstaaten. Das heißt Art. 141 EGV gilt für die Tarifvertragsparteien unmittelbar und zwingend in der Auslegung des EuGH. Die Wirkungen eines auslegenden Urteils des Gerichtshofes erfassen die ausgelegte Vorschrift sogar rückwirkend ab ihrem Inkrafttreten. Das bedeutet, dass die nationalen Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Tarifverträge anwenden können und müssen, die vor Urteilserlass entstanden sind.⁵¹

3.3.1. Rechtsfolgen diskriminierender Bestimmungen in Tarifverträgen

Gemäß § 7 Abs. 2 AGG ist die diskriminierende Regelung unwirksam. Die Vorschrift lässt allerdings offen, welche Regelung an deren Stelle tritt, und ab welchem Zeitpunkt.

47 Richtlinienvorschlag der Kommission vom 03.07.2008, KOM 2008/426.

48 So das BAG in ständiger Rechtsprechung, vgl. BAG, Urteil v. 21.11.2006, 3 AZR 309/05.

49 Vgl. zum Ganzen EuGH v. 07.02.1992, C-184/89, „Nimz“.

50 EuGH v. 03.02.1977, Rs 52/76, „Bededetti/Munari“.

51 Vgl. z.B. EuGH v. 08.10.1998, Rs. C-50/96; v. 27.03.1980, Rs. 61/ 79, „Denkavit italiana“.

Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung kann die/der konkrete Beschäftigte/r Gleichbehandlung mit den übrigen, nicht benachteiligten Beschäftigten verlangen. Dieser Anspruch besteht gegebenenfalls rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Geltung des Art. 141 EGV in entsprechender EuGH-Auslegung bzw. ab Inkrafttreten eines nationalen Gesetzes zur Richtlinienumsetzung. (Geschlechts-)Diskriminierung soll so nicht zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der ArbeitnehmerInnen führen, sondern zu einer Gleichstellung auf dem Niveau der Meistbegünstigung für alle Diskriminierungsmerkmale. Solange die diskriminierende Regelung nicht durch eine benachteiligungsfreie Regelung abgelöst wird, bleibt also die günstigere Regelung das einzig gültige Bezugssystem: Es kommt, so die Meistbegünstigungsthese, zu einer „Anpassung nach oben“. Diese Übergangsregelung gilt solange, wie kein anderes, nicht diskriminierendes und sei es niedrigeres Anspruchsniveau vereinbart wird⁵².

Dabei handelt es sich um einen vertraglichen Erfüllungsanspruch auf Gleichstellung, nicht um einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 3 AGG. Der Erfüllungsanspruch wird aus § 8 Abs. 2 AGG hergeleitet und besteht nunmehr für alle Diskriminierungstatbestände für die Vergangenheit und für die Zukunft bis es zu einer tarifvertraglichen Neuregelung kommt, auch wenn dies eine ganze Vergütungsordnung betrifft. § 8 Abs. 2 AGG löst § 612 Abs. 3 BGB a.F. ab und erstreckt das nach § 612 Abs. 3 BGB a.F. ehemals nur für Fälle der Geschlechtsdiskriminierung geltende Lohngleichheitsgebot auf alle Diskriminierungstatbestände des AGG⁵³. § 8 Abs. 2 AGG ist für Fälle der Geschlechtsdiskriminierung zwingend Anspruchsgrundlage für einen Anspruch auf eine Anpassung nach oben, da das AGG nicht einen schon bestehenden Schutzstandard anlässlich der Umsetzung der EU-Richtlinien unterschreiten darf⁵⁴.

Eine Angleichung der Entgelte nach oben, die über den konkreten Einzelfall hinaus gehen würde, also das gesamte Entgeltsystem erfassen würde, wäre tatsächlich nicht immer unproblematisch. Jede Fehleinschätzung der Tarifvertragsparteien bei der Aushandlung von Lohngruppen und Kriterien der Arbeitsbewertung könnte die Arbeitgeberseite teuer zu stehen kommen. Die Erhöhung der Personalkosten, und zwar mit sofortiger Wirkung oder rückwirkend, könnte für Unternehmen möglicherweise wirtschaftlich problematisch sein.

In der Rechtsprechung⁵⁵ werden vereinzelt, im Schrifttum⁵⁶ wiederholt, mit Verweis auf die Tarifautonomie, Bedenken gegen die Justierung rechtswidriger kollektivrechtlicher Regelungen durch die Gerichte vorgebracht. Dagegen ist mit der ständigen Rechtsprechung von EuGH und BAG einzuwenden, dass es allein dem Gericht obliegt, darüber zu entscheiden, wie eine in der Kollektivvereinbarung entstandene Lücke im Verfahren zu schließen ist. Den Tarifvertragsparteien bleibt die Möglichkeit erhalten, die Vereinbarung zeitnah nachzubessern oder zu verändern. Sie besitzen aber keine Zuständigkeit, entstandene Ansprüche auf Gleichstellung und Wiedergutmachung für die Vergangenheit oder Gegenwart

52 ArbG Berlin v. 22.08.2007, 86 Ca 1696/07, S. 10.

53 Vgl. BT-Dr. 16/1750, S. 35: "[...]§ 8 Abs. 2 die neue Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt"; Palandt/Weidenkaff, BGB, 66. Aufl., 2007, AGG § 8, Rn. 4.; LAG Hamm v. 01.09.2006 4 Sa 564/05, in NZA-RR 2007, S. 81, 83, zu Geschlechtsdiskriminierung; ArbG Berlin v. 22.08.2007 86 Ca 1696/07, S. 9f., zu Altersdiskriminierung.

54 Vgl. Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78/EG und EuGH v. 22.11.2005, C-144/04, „Mangold“.

55 Vgl. BAG v. 13.11.1985, NZA 1986, S. 321 (Gleichstellung nur für die Vergangenheit); BAG v. 21.03.1991, NZA 1991, S. 797 (Aussetzung des Rechtsstreits bis zur gesetzlichen oder tarifvertraglichen Neuregelung der Kündigungsfristen).

56 Zuletzt Rieble/Zedler, a.a.O., S. 291 m.w.N.

zu verwerfen.⁵⁷

3.3.2. Bindungswirkung von Urteilen der nationalen Gerichte

Der gerichtlichen Durchsetzung von Entgeltgleichheit werden auch dadurch Grenzen gesetzt, dass die Feststellung des nationalen Gerichts, ob a) ein Tarifvertrag rechtswidrige diskriminierende Regelungen enthält und b) welche Ansprüche der benachteiligten Beschäftigten damit einhergehen, zunächst nur inter partes - unmittelbar zwischen den Parteien - wirkt. Parteien sind die betroffene Einzelperson und der/die konkrete Arbeitgeber/in. Das Gericht kann sich nicht darauf verlassen, dass seine Kritik an tarifvertraglichen Regelungen außerhalb des Einzelfalls umgesetzt wird, nicht einmal darauf, dass es die Tarifvertragsparteien überhaupt zur Kenntnis nehmen.

Das Gericht ist nicht befugt, anhand einer Einzelklage ein anderes diskriminierungsfreies System selbst zu entwerfen. Bindungswirkung entfaltet die gerichtliche Feststellung eines unterinstanzlichen Gerichts für andere Verfahren oder Gerichte nicht. Das betrifft die Beurteilung der Diskriminierung, wie auch die Bestimmung eines alternativen Inhalts. Richter/innen bleiben vielfach darauf festgelegt, durch notwendigerweise vereinzelt bleibende Korrekturen im Entgeltsystem eine Art Patchwork herzustellen. Ein und derselbe Tarifvertrag könnte sogar von verschiedenen Gerichten in verschiedenen Fällen unterschiedlich bewertet bzw. ausgelegt werden. Denn es gibt kein Verwerfungsmonopol des BAG gegenüber Tarifverträgen.⁵⁸ Ob die Diskriminierungskontrolle bis zum BAG getrieben wird, dass dann ein oberinstanzliches Urteil vorlegt und gegebenenfalls dem EuGH die strittige Rechtsfrage vorlegt, obliegt nicht den Tarifvertragsparteien, sondern den Klageparteien.

3.3.4. Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien zur Überprüfung von Tarifverträgen

Die Möglichkeit der Tarifvertragsparteien, Regelungen auf ihren diskriminierenden Gehalt zu überprüfen, sind beschränkt. Grundsätzliche Auslegungstreitigkeiten können zwar in einem speziellen Verbandsverfahren geklärt werden (§ 9 TVG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG), aber der alltägliche Kampf um die Durchsetzung tariflicher Rechte bleibt allein ihren Mitgliedern überlassen, die im Fall der Gewerkschaften zu einem großen Teil vor den bestehenden Zugangsbarrieren und befürchteten Risiken zurückschrecken (vgl. oben 3.2.1).

Zudem ist die Verbandsklage nach § 9 TVG bislang als kontradiktorisches Verfahren ausgestaltet. Das heißt, eine Partei muss die umstrittene Regelung für gültig, die andere für ungültig befinden, sonst fehlt es an einem Feststellungsinteresse. Dieses Feststellungsinteresse folgt auch nicht ohne weiteres daraus, dass von dritter Seite – typischerweise von Beschäftigten - die Wirksamkeit tarifvertraglicher Normen angezweifelt wird⁵⁹. Nach dem BAG ist § 9 TVG kein Instrument zur Abwehr von Klagen Dritter, wenn sich die Tarifvertragsparteien nicht selbst streiten.

3.3.5. Zwischenfazit: Rechtsunsicherheit

57 Vgl. Wiedemann (2007), a.a.O., S. 951 m.w.N.

58 Deutsche Gerichte sind nicht befugt, eine gesetzliche Regelung als nichtig zu behandeln und nicht anzuwenden, sie sind verpflichtet, zur Vorlage beim BVerfG verpflichtet. Für vertragliche oder tarifvertragliche Regelungen gibt es ein solches Verwerfungsmonopol des BVerfG oder des BAG nicht.

59 BAG, vgl. Urteil v. 30. 5. 2001, 4 AZR 387/00. Dagegen: ManfredLöwisch/Volker Rieble (2006): Tarifvertragsgesetz, § 9, Rn. 31; Rieble/Zedler, a.a.O., S. 290.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die derzeitige Rechtslage - trotz der Bemühungen juristische Konstruktionen wie Vertrauensschutz oder verfassungskonforme Auslegung - für alle Betroffenen nur unbefriedigend geregelt ist. Den Betroffenen obliegt die Last individueller Klagen gegen ganze Systeme, die Gewerkschaften können mangels Verbandsklagebefugnis nicht im Namen ihrer Mitglieder gegen diskriminierende Regelungen vorgehen und die Arbeitgeberverbände klagen über Rechtsunsicherheit. Dieser Missstand hat für die Tarifautonomie zentrale Bedeutung. Er gefährdet die Funktionsfähigkeit des Systems⁶⁰.

3.3.6. Tarifpolitik: Rolle der Tarifvertragsparteien

Mitgliederstruktur, Zusammensetzung und Interessen der Tarifvertragsparteien lassen nicht erwarten, dass sie von sich aus den Grundsatz der Entgeltgleichheit für die Geschlechter in akzeptabler Zeit in ihren Tarifverträgen (über einige Pilotprojekte hinaus) umsetzen.

Auch innerhalb der Gewerkschaften gab und gibt es Abwehrreaktionen. Das Problem Entgeltdiskriminierung wird zwar mittlerweile als solches benannt und analysiert und Entgeltgleichheit ist in vielen Gewerkschaften als Leitbild anerkannt. Es fehlt aber an einer starken und durchsetzungsfähigen Repräsentation der Interessen an Geschlechtergerechtigkeit, die in den Tarifverhandlungen Prioritäten setzt⁶¹. Weibliche Beschäftigte sind außerdem schwächer kollektiv durch Gewerkschaften repräsentiert⁶².

Die Gewerkschaften haben bislang nicht die Politik verfolgt, im Wege strategischer Prozessführung viele repräsentative Fälle vor Gericht zu bringen, um so verallgemeinerungsfähige Urteile zu erzielen und diese in Tarifverhandlungen einzubringen. Viele Arbeitnehmerverbände beklagen einen verstärkten Mitgliederverlust bzw. eine steigende Mitgliederfluktuation, welche die Durchsetzungskraft gegenüber dem Tarifvertragspartner mindert. Tarifpolitische Zielsetzungen, welche den Mitgliedern nicht unmittelbar unter den Nägeln brennen bzw. deren erfolgreiche Durchsetzung zweifelhaft erscheint, werden eher zurückgestellt⁶³.

Kriterien zur diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung wurden in den letzten Jahren entwickelt, ohne in der Praxis in größerem Umfang wirkungsmächtig geworden zu sein. Konzepte sind von der Arbeitswissenschaft bereits veröffentlicht worden - beispielsweise das Konzept ABAKABA zur analytischen Bewertung von Arbeitstätigkeiten. Dieses Konzept der Schweizer Arbeitswissenschaftler Christian P. Katz und Christof Baitsch erfasst die intellektuellen, psychosozialen und physischen Aspekte sowie die Führungsverantwortung einer Arbeitstätigkeit direkt vergleichbar und methodisch korrekt. So werden beispielsweise Merkmale, die für männer- und frauendominierte Tätigkeiten typisch sind, in ausgewogener Zahl erfasst.

Teilweise haben die Gewerkschaften solche Konzepte bereits in ihre Reformprojekte einbezogen. Im Rahmen des BAT und im Zusammenhang mit dem TVöD wurden mehrere

60 In diesem Sinne auch Thomas Dieterich (2005) Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, AuR 2005, S.121, 125.

61 Vgl. m.w.N. Kocher (2007), S. 30.

62 Vgl. für den DGB www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen/mitglieder.htm#>.

63 Vgl. für den Einzelhandel Gertrud Kühnlein/Anna Stefaniak/Cordula Sczesny: Erfolgsvoraussetzungen für die Umsetzung des: Grundsatzes der Entgeltgleichheit im Einzelhandel. Grand Agreement VS/2001/0607, S. 48.

Projekte zur Durchsetzung des Arbeitsbewertungssystems ABAKABA durchgeführt. Die IG Metall hat auf dieser Basis das Konzept MEDEA (Metall- und Elektroindustrielle Diskriminierungsfreie EU-rechtskonforme Arbeitsbewertung) entwickelt, das in einigen regionalen Tarifbereichen zur Grundlage von Verhandlungen über neue Entgelttarifverträge gemacht wurde. Viele Projekte jedoch scheiterten schließlich am Widerstand der anderen Tarifparteien⁶⁴. Entscheidend für die Skepsis gegenüber gleichstellungspolitischen Aspekten bei der Gestaltung von Tarifverträgen durch die Arbeitgebervertreter ist das Kostenargument; wenn tatsächlich Frauentätigkeiten im Handel (z.B. Verkauf) aufgewertet würden, wäre das – angesichts des Stellenwerts weiblicher Beschäftigung – eine untragbare Kostenexplosion. Das würde die Tendenz, den Tarifvertrag nicht anzuwenden, weiter verstärken. Die Arbeitgebervertreter sehen diese „äußere Erosion des Flächentarifvertrages als Problem⁶⁵.

Der BDA leugnet schlicht, „dass im Tarifvertragssystem eine Diskriminierung gegenüber Frauen vorhanden ist.“⁶⁶ Der Anwendung analytischer Verfahren wird von Arbeitgeberseite pauschal entgegengehalten, sie seien im Gegensatz zum summarischen Verfahren in erheblichem Maße verwaltungsaufwendig und mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden. Auch die Veranlassung einer Arbeitsbewertungskommission sei aus diesen Gründen zurückzuweisen. Vor dem Hintergrund solcher Stellungnahmen verwundert es nicht, dass die seit 2001 bestehende freiwillige Vereinbarung zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in der Privatwirtschaft⁶⁷ als rechtlich völlig unverbindliche Absichtserklärung in punkto (Entgelt)Gleichheit bis dato nichts geändert hat. Die Arbeitgeberverbände – insbesondere in den Landesverbänden – werfen dem Tarifvertragspartner vor, dieses Thema nicht zu einem für beide Seiten akzeptablen Ergebnis führen zu können. Die Fronten sind verhärtet⁶⁸.

Die ehrenamtlichen Funktionäre auf gewerkschaftlicher Seite sehen die von den Arbeitgebern betonte *sine qua non* der „Kostenneutralität“ als zentrales Hemmnis. Wenn es keinen Bewegungsspielraum gäbe, höherwertige Tätigkeiten auch besser zu bezahlen, sei eine „Aufwertung von Frauentätigkeiten“ ebenfalls illusorisch. Befürchtet wird zudem ein Verteilungskonflikt in der Mitgliedschaft (zwischen verschiedenen Gruppen, Betriebsformen oder auch Männern und Frauen), der in Anbetracht von Debatten um Niedriglöhne und Standortschließungen als Sprengsatz für die innerverbandliche Solidarität und Handlungsfähigkeit wahrgenommen wird. Für die hauptamtlichen FunktionärInnen liegt ein zentrales Hemmnis in der fehlenden Kampfkraft und daher Durchsetzungsfähigkeit neuer, diskriminierungsfreier Entgeltstrukturen gegenüber den Arbeitgebern. Diese seien nur gegen unterschiedenen Widerstand realisierbar⁶⁹.

3.4. Fazit: Ohne Eingreifen staatlicher Akteure keine Verbesserungen

Entgeltgleichheit kann in Deutschland zur Zeit auf zwei Wegen durchgesetzt werden:

64 Vgl. BT-Drs. 14/8952, S. 235.

65 Vgl. Kühnlein/Stefania/Sczesny, a.a.O., S. 48.

66 Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) zum Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, BT-Drs. 14/8952, S. 13.

67 Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der Deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft, abgedruckt in: Heide Pfarr (Hrsg.), Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, 2001, S. 145–148.

68 Vgl. Kühnlein/Stefaniak/Sczesny, a.a.O., S. 49.

69 Vgl. Kühnlein/Stefaniak/Sczesny, a.a.O., S. 50.

durch Klagen der Betroffenen und durch Tarifpolitik.

Individualklagen einzelner diskriminierter Personen sind nicht imstande, den Grundsatz der Entgeltgleichheit flächendeckend durchzusetzen. Es bestehen hohe Zugangsbarrieren und Risiken bei der Rechtsmobilisierung. Die Rechtsprechung kann durch „bessere“ Entscheidungen insbesondere die diskriminierende Wirklichkeit der kollektiven Entgeltsysteme nicht entscheidend ändern, denn ihre Entscheidungen gelten nicht für die gesamten Systeme. Mitgliederstruktur, Verfasstheit und Interessen beider Tarifvertragsparteien lassen eine Durchsetzung diskriminierungsfreier Tarifverträge mittels Arbeitskampf nicht realistisch erscheinen.

Ohne ein Eingreifen des Gesetzgebers wird Entgeltgleichheit nicht erreicht werden. Zum gleichen Ergebnis kommt die EU-Kommission, die eine Verschärfung gesetzlicher Bestimmungen anregt, „die darauf abzielen, diskriminatorische geschlechtsbezogene Elemente im Entgeltsystem zu beseitigen“, um das Prinzip des gleichen Entgelts für eine gleichwertige Arbeit zu sichern⁷⁰.

5 Zu den Möglichkeiten gesetzgeberischen Handelns

4.1. Anpassung des AGG an europarechtliche Mindestvorgaben

1.) Klarheit und Konkretisierung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit

Das Verbot der Entgeltdiskriminierung muss explizite Aufnahme ins AGG finden, unter Bezug auf den in Artikel 141 EG niedergelegten Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit.

Das Benachteiligungsverbot muss sich auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen beziehen und klarstellen, dass Systeme der beruflichen Einstufung zur Festlegung des Entgelts auf für männliche und weibliche Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein müssen, dass Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts ausgeschlossen werden.

2.) Keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Lebensalters

§ 10 Satz 2 Nr. 4 AGG ist dahingehend zu ergänzen, dass Ausnahmeregelungen wegen des Lebensalters nicht zu einer Diskriminierung wegen des Geschlechts führen dürfen.

3.) Sanktionen

Das Verschuldenserfordernis in § 15 Abs. 1 und 3 AGG muss zugunsten eines verschuldensunabhängigen Schadensersatz- und Entschädigungsanspruchs gestrichen werden.

4.) Verbände

Die Einschränkung der Beteiligung der Verbände in § 23 AGG hinsichtlich der Verbandsgröße muss geändert werden, ebenso wie die Beschränkung auf „nicht gewerbsmäßige“ Zusammenschlüsse und die Unterstützung auf ein bloßes Beistandsrecht im gerichtlichen Verfahren.

70 KOM (2007) 424, S. 7.

4.2. Weitere Gesetzesänderungen

Damit dem Grundsatz der Entgeltgleichheit zur faktischen Durchsetzung verholfen wird, besteht unabhängig von der formalen Europarechtswidrigkeit weiterer Anpassungsbedarf. Der Gesetzgeber muss über das bislang geltende Recht hinaus aktiv werden, da sich das rein individuell ausgerichtete Antidiskriminierungsrecht als ineffektiv erwiesen hat.

1.) Verbandsklagerecht

Ein Verbandsklagerecht muss die Barrieren bei der individuellen Rechtsmobilisierung ausgleichen. Das heißt, Verbände müssen das Recht haben,

- im Namen und mit Einverständnis der Betroffenen zu klagen (Prozessstandschaft);
- auch ohne individuell klagewillige Betroffene, also unabhängig vom Einzelfall, Klage zu erheben, weil eine tarifvertragliche Regelung diskriminiert.

Übernimmt ein Verband die Klage, trägt der Verband auch das gesamte Prozessrisiko. So würde es auch möglich, die Einstufung typischer Frauenberufe gerichtlich durch Arbeitsbewertungsgutachten überprüfen und korrigieren zu lassen, die von den Verbänden finanziert werden.

2.) Institutionelle Unterstützung

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes muss als politisch unabhängige Institution eingerichtet und besetzt werden. Ihr müssen umfassende Auskunftsrechte gegenüber ArbeitgeberInnen eingeräumt werden und sie muss durch ein flächendeckendes Netz kompetenter und unabhängiger Anlaufstellen bei (Entgelt)diskriminierung (z.B. Regionalstellen) unterstützt werden.

3.) Untersuchungsgrundsatz

Die Möglichkeit der Einführung des Untersuchungsgrundsatzes in arbeitsrechtlichen Prozessen mit AGG-Bezug ist zu prüfen. Dies würde die tatsächliche Überprüfung von Arbeitsbewertungskriterien von Amts wegen sicherzustellen⁷¹.

4.) Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen in § 7 Abs. 2 AGG sollten dahingehend konkretisiert werden, dass neben der „Unwirksamkeit“ der diskriminierenden Vereinbarung (z.B. in einem Tarifvertrag) klargestellt wird, dass der Grundsatz der Meistbegünstigung für alle Diskriminierungsmerkmale in § 1 AGG gilt.

5.) Gleichheitsgrundsatz in TVG einfügen

Angeregt wird im TVG zu formulieren, dass die die Tarifvertragsparteien genauso wie die Unternehmen den Grundsatz der Entgeltgleichheit zu beachten haben. Trotz der starken symbolischen Wirkung, steht jedoch zu befürchten, dass die bloße Wiederholung eines in ständiger Rechtsprechung des BAG und des EuGH bestätigten Gebots an der entgegense-

71 Diesbezüglich müsste ein weiteres rechtliches Gutachten erstellt werden.

henden Praxis nichts ändert. Es müssen daher Verfahren geschaffen werden und verpflichtend gemacht werden, die eine praktische Umsetzung des Gebots der Entgeltgleichheit ermöglichen⁷². Allerdings wäre eine solche Klarstellung auch im Hinblick auf die Repräsentation von Frauen in verhandlungsführenden Positionen der Tarifparteien sinnvoll.

6.) Verbandsklage in § 9 TVG erweitern

Die Verbandsklage nach § 9 TVG könnte dahingehend erweitert werden, dass die Tarifvertragsparteien bereits bei Ungewissheit der Auslegung oder der Rechtswirksamkeit einer tarifvertraglichen Regelung bzw. eines Kriteriums eine gerichtliche Klärung herbeiführen können⁷³. Dann bestünde die Möglichkeit, unabhängig von einem konkretem Streit zwischen den Tarifpartnern die Wirksamkeit eines Tarifvertrages, dem von dritter Seite Diskriminierung vorgehalten wird, rechtssicher feststellen zu lassen (vgl. dazu oben A) 3.1.9).

Zunächst könnte man das bisherige kontradiktorische Verfahren in ein Beschlussverfahren zur Gültigkeitskontrolle überleiten. Ein derartiges Verfahren ist bereits zur Feststellung der Tariffähigkeit bzw. der Tarifzuständigkeit in § 97 ArbGG vorgesehen. In einem zweiten Schritt wären solche Tarifkontrollverfahren zu „zentralisieren“, in dem der Individualprozess vor dem Arbeitsgericht ausgesetzt werden muss, solange die Überprüfung des Entgeltsystems auf Diskriminierungsfreiheit läuft.⁷⁴

7.) Eigenes Gesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit

Neben individualrechtlichen Schutzvorschriften wie dem AGG gibt es Gesetze zur Umsetzung der Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen, die nicht klagezentriert, sondern „pro aktiv“ wirken. Proaktive Gesetze verpflichten die Tarifvertragsparteien im Öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft zum Abbau diskriminierender Entgeltsysteme durch bestimmte inhaltliche und zeitliche Vorgaben.

Provinz Ontario, Kanada

Der Pay Equity Act der Provinz Ontario/Kanada ist 1987 zur Verwirklichung des im Canadian Human Rights Act (HRA) von 1977 festgeschriebenen Prinzips „gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit“ erlassen worden. Er gilt „als Meilenstein im Kampf gegen mittelbare Diskriminierung durch Arbeitsbewertung“⁷⁵. Zur Sicherstellung der Umsetzung sind die Entgeltgleichheitskommission (Pay Equity Commission) und das Schiedsgericht für Entgeltgleichheitsfragen (Pay Equity Hearings Tribunal) eingerichtet worden.

Das Gesetz ist proaktiv ausgestaltet, verpflichtet also zur aktiven Lohnangleichung ohne vorherige Individualklage und etabliert zugleich entsprechende Kontrollmechanismen mit verbindlichen zeitlichen Vorgaben, die der Überführung bestehender Strukturen in diskriminierungsfreie Strukturen dienen.

Demnach müssen ArbeitgeberInnen Lohnangleichungspläne nach einem festgeschriebenen

72 Vgl. Heide Pfarr (Hrsg) (2001), Expertinnenkommission: Entwurf eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft, S. 93.

73 Vgl. Wiedemann, a.a.O., S. 950, 952.

74 Rieble/Zedler, a.a.O.; S. 273, 290.

75 Gertraude Krell, Andrea-Hilla Carl, Anna Krehnke (2001): Diskriminierungsfreie Bewertung von (Dienstleistungs)arbeit, im Auftrag von Verdi; S. 33.

Verfahren innerhalb einer bestimmten Zeit entwickeln. Sie gelten dann als umgesetzt, wenn der Lohnangleichungsplan Plan vorliegt und entsprechende Zahlungen erfolgt sind. Das Gesetz definiert prozentual männlich und weiblich dominierte Arbeitsfelder und bestimmt den Gesamtwert einer Tätigkeit anhand von Kenntnissen, Anstrengungs- und Belastungsanforderungen, Verantwortung, Umgebungsbedingungen sowie Wissen und Können (R.S.O. 1990, Kap. P. 7, § 5). Beim konkreten Vergleich muss ein geschlechtsneutrales Bewertungssystem genutzt werden. Als Vergleichsmethoden gelten der Job-to-Job-Vergleich, der proportionale Vergleich sowie der Stellvertreter-Vergleich⁷⁶.

Deutschland

Heide Pfarr hat für Deutschland ein, vom Modell Ontario angeregtes „Gesetz zur Umsetzung der Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen“ vorgeschlagen⁷⁷. Es soll dabei helfen, betriebliche Prozesse in Gang zu setzen und die abwehrende bzw. desinteressierte Haltung der Sozialpartner durch eben nicht nur freiwillige⁷⁸ sondern verpflichtende Verfahren zu überwinden.

In dem Entwurf wird die Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Arbeitsbewertung festgelegt, ohne allerdings ein bestimmtes Arbeitsbewertungsverfahren vorzuschreiben. Gleichzeitig werden Verfahren beschrieben, wie die Überprüfung bestehender Entgeltsysteme zu bewerkstelligen ist. Dabei differenziert sie zwischen Verfahren bei Tarifverträgen, bei betrieblichen Entgeltsystemen in Betrieben mit und ohne Betriebsrat sowie Verfahren bei individuellen Entgeltgleichheitsklagen.

Wird eine Entgeltdiskriminierung festgestellt, sollen demnach die Tarifvertragsparteien Verfahrensschritte festlegen, mit denen das Entgelt der Beschäftigten der Neubewertung der Tätigkeit angepasst wird, einen sogenannten Pay EquityPlan (PEP). Nur für den Fall, dass Verhandlungen ausbleiben oder scheitern, schlägt Pfarr die Einberufung einer Entgeltgleichheitskommission vor, die ein Schiedsverfahren durchführt.

Pfarr gibt jedoch zu bedenken, dass die europarechtliche Vorgabe, einer Angleichung des Gehalts nach oben, angesichts massiver Erhöhung der Lohnsummen „rechtlich und tatsächlich schwierig“ sei⁷⁹. Ihr Gesetzesvorschlag geht entsprechend dahin, zuzulassen, dass die Umsetzung diskriminierungsfreier Entgeltsysteme zu Lasten bisher Benachteiligter in Stufen erfolgt, wenn die wirtschaftliche Lage der betroffenen Unternehmen es erfordere. Ein im kollektiven Verhandlungsverfahren erstellter PEP soll entsprechend im Individualklageverfahren auch dann zu akzeptieren sein, wenn er eine Anpassung in Stufen vorsieht.

Darüber hinaus sieht der Entwurf von Pfarr die Möglichkeit vor, die Rechtmäßigkeit der Ergebnisse der Überprüfung und Veränderung tariflicher und betrieblicher Entgeltsysteme, arbeitsgerichtlich überprüfen zu lassen. Der Antrag auf Überprüfung kann von beiden Tarifvertragsparteien sowie von Antidiskriminierungsverbänden gestellt werden.

76 Genauer dazu: Regine Winter (1998), a.a.O., S. 309 ff.; Pat Armstrong, Gesetzliche Maßnahmen zur Entgeltgleichheit: Das Beispiel „Ontario“; Tagungsdokumentation der internationalen Konferenz „Modelle und Initiativen zur Entgeltgleichheit, Berlin 17.-19.06.2002, S. 48.

77 Vgl. Heide Pfarr, Gesetz zur Umsetzung der Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen, in: Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 779, 789 ff.; download unter: www.boeckler.de/pdf/wsi_pfarr_gesetzentwurf_entgeltgleichheit.pdf.

78 Solche freiwilligen Verfahren existieren z.B. in Schweden, Finnland, Dänemark und Frankreich, näher dazu Kocher (2007), a.a.O., S. 30.

79 Pfarr (2005), a.a.O., S. 8.

Verbände können bei den Arbeitsgerichten einen Antrag auf Einsetzung der Entgeltgleichheitskommission stellen, wenn die Tarifvertragsparteien über einen längeren Zeitraum untätig bleiben.

Diese Vorgehensweise überlässt es den Tarifvertragsparteien, Handlungen und Prozesse in Gang zu setzen. Den Anforderungen eines angemessenen Eingriffs in die durch Art. 9 Absatz 3 Grundgesetz geschützte Tarifautonomie kommt dieser Vorschlag nach.

Fraglich ist jedoch, wie der europarechtlich verbürgte Anspruch einer einzelnen Klägerin auf rückwirkenden Ausgleich sowie auf Anpassung an den meistbegünstigten Arbeitnehmer mit einer solchen nur stufenweise in die Zukunft gerichteten Anpassung in Einklang gebracht werden kann.

Einen Ausweg bietet § 5 AGG. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile, z.B. aufgrund des Geschlechts, ausgeglichen werden sollen. Tatsächlich beschränkt sich der Begriff der positiven Maßnahmen nicht auf so genannte „umgekehrte Diskriminierung“. Er erfasst auch „die vorausschauende Umgestaltung von Prozessen und Verfahren mit dem Ziel, unmittelbare und mittelbare Diskriminierung zu vermeiden“⁸⁰. Eine stufenweise Anpassung der Gehälter, die in einen PEP eingebettet ist, kann als positive Maßnahme nach § 5 AGG gelten⁸¹.

Das setzt voraus, dass die im PEP vereinbarten Maßnahmen bzw. Kriterien auch wirklich zu einer zeitnahen und effektiven, wirklichen Entgeltgleichstellung für eine ganze Gruppe von bislang benachteiligten Beschäftigten führt. Der Vorschlag von Pfarr, die dabei ausschließlich auf die Tarifvertragsparteien (als Teil der Entgeltgleichheitskommission) vertraut, kann dies nicht in ausreichendem Maße gewährleisten und ist insoweit in Anbetracht der ständigen EuGH-Rechtsprechung rechtlich bedenklich.

Um die ausreichende Gewährleistung von Entgeltgerechtigkeit i.S.d. § 5 AGG zu sicherzustellen, bedarf es daher einer weiteren Instanz. Diese muss zum Einen die Entgeltgleichheitskommissionen zur neutralen Bewertung von Tätigkeiten und Arbeitsplätzen beraten, andererseits aber auch Kontrollfunktionen wahrnehmen können.

8.) Institutionelle Unterstützung zur Beratung und Kontrolle

Zur konsequenten Umsetzung von Entgeltgerechtigkeit müssen Institutionen geschaffen werden, die die Transformationsprozesse sowohl begleiten als auch deren Einhaltung kontrollieren. Idealerweise zählen zu deren Aufgaben die unabhängige und kostenfreie Beratung von ArbeitgeberInnen, ArbeitnehmerInnen, Gewerkschaften und Betriebsräten. Weiterhin gehören dazu die Schulung von Personalverantwortlichen der Arbeitgeberseite und ArbeitnehmervertreterInnen aber auch von Tarifkommissionen. In den Seminaren müssen einheitliche Grundlagen und Verfahren diskriminierungsfreier Arbeitsbewertung vermittelt werden. Der Stelle muss darüber hinaus die spezialisierte und unabhängige Forschung obliegen, die schließlich zur Datensammlung beiträgt. Aber auch öffentlichkeitswirksame für Lohngleichheit werbende Kampagnen sind dringend erforderlich, um eine Lobby für das Thema zu schaffen. Zudem muss eine solche Stelle mit Kompetenzen ausgestattet sein. Sie

80 Schiek (2007), a.a.O., § 5, Rn. 2.

81 Kocher (2007) a.a.O., S.33.

muss einerseits Kontrollfunktion in Hinblick auf das vereinbarte Ziel wahrnehmen können, zum anderen muss sie mit umfangreichen Auskunftsbefugnissen gegenüber dem öffentlichen und privaten Arbeitgeber ausgestattet sein. Empfehlenswert ist auch eine eigene Klagebefugnis. Die Stelle sollte zentral angesiedelt sein und einen leichten Zugang gewährleisten.

Zur Zeit existiert in Deutschland keine den oben beschriebenen Anforderungen entsprechende zentralisierte und institutionalisierte Anlaufstelle. Lediglich Gewerkschaften und einzelne Ministerien widmen sich der Thematik und stellen allenthalben Leitfäden zur Entgeltgleichheit für Frauen und Männer auf⁸² und führen Tagungen dazu durch. Diese Informationen sind nicht zwingend bekannt und gleichermaßen zugänglich, meist nur jenen die dem Thema ohnehin positiv gegenüber stehen. Alle anderen Akteure und Akteurinnen können sie leicht und ohne Konsequenzen ignorieren. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes als unabhängige und zentrale Anlaufstelle wäre grundsätzlich geeignet, oben beschriebene Aufgaben wahrzunehmen. Doch fehlen ihr dazu derzeit sowohl die Kompetenzen, der gesetzliche Auftrag als auch die notwendige Unabhängigkeit.

Im Entwurf der Expertinnenkommission für ein deutsches Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft ist eine solche betriebliche oder überbetriebliche Koordinierungsstelle den betrieblichen AkteurInnen als beratende Instanz zur Seite gestellt, vgl. § 4 Abs. 3, Nr. 12 des Entwurfs. Sie könnte Vorbild sein, für eine entsprechende Stelle in einem eigenen Gesetz zur Herstellung von Entgeltgleichheit in Kollektivvereinbarungen.

5 Fazit

Der Gesetzgeber ist gefragt. Neben einer schnellen Anpassung des AGG an die europarechtlichen Mindestvorgaben, bedarf es verfahrensrechtlicher Verbesserungen um die Probleme der individuellen Rechtsmobilisierung auszugleichen. Dazu gehören ein eigenes Verbandsklagerecht, eine Beweisverschiebung im Bezug auf den Nachweis mittelbar diskriminierender Strukturen, sowie institutionelle Unterstützung der betroffenen Einzelpersonen im Vorfeld von Klagen.

Darüber hinaus bedarf es pro-aktiver Verfahren, die in einem eigenen Gesetz zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit in Kollektivverträgen geregelt werden sollten, das für die Privatwirtschaft und den öffentlichen Dienst gilt. Schließlich müssen starke und unabhängige Institutionen mit eigenen Beratungs- und Untersuchungskompetenzen den Tarifvertragspartnern zur Seite gestellt werden.

Die hier vorgeschlagenen Änderungen des materiellen Antidiskriminierungsrechts, des Prozessrechts und tarifrechtlicher Regelungen wirken nicht allein. Um die bestehenden strukturellen Hürden zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit zu überwinden, bedarf es flankierender Maßnahmen:

- Regelungen zum aktiven Nachteilsausgleich durch verbindliche Förderpläne und Quoten auch für die Privatwirtschaft führen zu einer Erhöhung des Frauenanteils in Führungspositionen, daher sollte ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft

82 Z.B. BMFSFJ (2008): Leitfaden zur Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher und gleichwertiger Arbeit; Karin Tondorf/ Edeltraut Ranftl (2003): equal pay - Leitfaden zur Anwendung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit; Auch die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft Verdi hat zahlreiche Broschüren dazu erstellt.

verabschiedet werden

- die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns führt angesichts des hohen Anteils von Frauen im Niedriglohnsektor zur Verringerung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles
- mittelbar diskriminierende Regelungen im Steuer-, Unterhalts- und Sozialrecht müssen im Wege des Normbereinigungsverfahrens analysiert und geändert werden
- Anreize und Möglichkeiten, die Elternzeit geschlechtsunabhängig wahrzunehmen sollten verbessert werden
- die elternbeitragsfreie Möglichkeit qualitätvoller Kinder(ganztags)betreuung sollte gesetzlich verankert werden.

Literatur

- Baur, Christine (2001): Die Anwältin für Gleichbehandlungsfragen – eine österreichische Einrichtung „sui generis“ auf dem Weg zur Chancengleichheit für Frauen im Berufsleben, in: Kreuzer, Christine (Hrsg.): Frauen im Recht, Baden-Baden.*
- Dieterich, Thomas (2005): Arbeitsgerichtlicher Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit, AuR 2005, S. 121.*
- Beblo, Miriam, Wolf, Elke: Quantifizierung der innerbetrieblichen Entgeltdiskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Forschungskonzept einer mehrdimensionalen Bestandsaufnahme, Harriet Taylor Mill-Institut, Discussion Paper 04, 11/2008*
- Bothfeld, Silke u.a. (2005): WSI-FrauenDatenReport - Handbuch zur wirtschaftlichen und sozialen Situation von Frauen, Hans-Böckler-Stiftung.*
- Colneric, Nino (1999): Der Anspruch für gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, Festschrift für Dieterich, S. 45.*
- Cornelißen, Waltraud (Hrsg.) (2005): GenderDatenReport, Kommentierter Datenreport zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, 2005.*
- Gartner, Hermann; Stephan, Gesine (2004): How collective contracts and works councils reduce the gender wage gap, IAB Discussion Paper 07/2004.*
- Hensche, Detlef (2002): EG-Entgeltgleichheit und Deutsche Tarifautonomie – Was können die Tarifparteien zur Umsetzung der Entgeltgleichheit tun?, in: Tagungsdokumentation Modelle und Initiativen zur Entgeltgleichheit des BMFSJ, S. 44.*
- Iversen, Torben; Soskice, David (2000): Unions, Employers and Central Banks: Wage Bargaining and Macroeconomic Regimes in an Integrating Europe, Cambridge.*
- Jochmann-Döll, Andrea (1990): Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit. Ausländische und deutsche Erfahrungen, München und Mehring.*
- Katz, Christian; Baitsch, Christof (2006): Arbeit bewerten – Personal beurteilen. Lohnsysteme mit Abakaba, Zürich.*
- Kocher, Eva (2007): Gleichstellungspolitik und Individualansprüche, KJ 2007, S. 22.*
- Kocher, Eva (2003): Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten, Streit 2003, S. 139.*
- Kocher, Eva; Pfarr, Heide (1998): Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, Baden-Baden.*
- Krell, Gertraude (2004): Arbeit und Geschlecht in der Betriebswirtschaftslehre, IAB Discussion Papers 8/2004, S. 38ff.*
- Liebscher, Doris (2008): Geschichte und Inhalt des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG): Kritische Stimmen aus der Praxis, in: Berghahn, Sabine u.a. (Hrsg.):*

Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte; Hamburg.
Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker (2004): Tarifvertragsgesetz, München.

Pfarr, Heide (Hrsg.) (2004): Gesetz zur Umsetzung der Entgeltgleichheit in kollektiven Entgeltsystemen, in: Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 779.

Pfarr, Heide (Hrsg.) (2001): Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft, Düsseldorf.

Pfarr, Heide; Bertelsmann, Klaus (1989): Diskriminierung im Erwerbsleben - Ungleichbehandlungen von Frauen und Männern in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden.

Rieble, Volker; Zedler, Alexander (2006): Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, S. 273.

Rudolf, Beate; Mahlmann, Matthias (Hrsg.)(2007): Gleichbehandlungsrecht, BadenBaden.

Schieck, Dagmar (Hrsg.) (2007): Kommentar zum AGG, München.

Tondorf, Karin (2002): Entgeltgleichheit für Männer und Frauen, in: AiB 12/2002, S. 755.

Tondorf, Karin; Jochmann-Döll, Andrea (2005): (Geschlechter-)Gerechte Leistungsvergütung? Vom (Durch-)Bruch des Leistungsprinzips in der Entlohnung, Hamburg.

Tondorf, Karin; Ranftl, Edeltraut (2003): equal pay - Leitfaden zur Anwendung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit, BMSFSJ.

Wiedemann, Herbert (2007): Tarifvertrag und Diskriminierungsschutz, NZA 2007, S. 950.

Winter, Regine (1998): Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit – Ein Prinzip ohne Praxis; Baden-Baden.

Materialien

Anhörung (2005): Stellungnahmen zur Anhörung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ (BT-Drs. 15/4538) am 07.03.2005 im Deutschen Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen, Jugend.

Bundesregierung (Hrsg.) (2008): 3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Überblick.

BMFSFJ (Hrsg.) (2008): Leitfaden zur Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher und gleichwertiger Arbeit.

Deutscher Bundestag (Hrsg.) (2002): Bericht der Bundesregierung zur Berufs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern, Drucksache 14/8952 vom 25.04.2002.

EU-Kommission (2007): Mitteilung zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles vom 18.7.2007, KOM (2007) 424.

Kühnlein, Gertrud; Stefaniak, Anna; Sczesny, Cordula (2001): Erfolgsvoraussetzungen für

die Umsetzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit im Einzelhandel, Grand Agreement VS / 2001 / 0607.